Dr. K. A. D. Unterholzner's

weiland Professors der Rechte an der Universität zu Breslau,

Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten.

Zweite, neu durchgesehene Auflage

bearbeitet von

Dr. Theodor Schirmer,

ao. Prof. an der Universität zu Breslau.

Zweiter Band.

Enthaltend den besonderen Theil des Verjährungsrechts.

Leipzig.

Verlag von Johann Ambrosius Barth.

1858.

Dr. K. A. D. Unterholzner's

ausführliche Entwickelung

der gesammten

Verjährungslehre

aus den gemeinen

in Deutschland geltenden Rechten.

Zweite, nach des Verfassers Tode

herausgegeben von

Dr. Theodor Schirmer.

Zweiter Band.

Enthaltend den besonderen Theil der Verjährungslehre.

Leipzig

Verlag von Johann Ambrosius Barth.

1858.

Inhalts-Uebersicht

des zweiten Bandes.

Besonderer Theil des Verjährungsrechts.

Erstes Buch.

Besondere Verjährungslehren, die sich nicht auf einzelne Rechtszweige beschränken.

Seite

3. Zeitablauf.

Sechstes Buch.

Verjährung im Rechte der Schuldfoderungen.

Siebentes Buch.

Verjährung bei den Gewerbsrechten.

I. Zur Einleitung.

Achtes Buch.

Verjährung im Personenrechte.

Neuntes Buch.

Von der Verjährung bei den Rechten der Staats- und Kirchengewalt.

Zehntes Buch.

Von der Verjährung im peinlichen Rechte.

Besonderer Theil

des

Verjährungsrechts.

Erstes Buch.

Besondere Verjährungslehren, die sich nicht auf einzelne Rechtszweige beschränken.

I.

Verjährung gegen die in integrum restitutio [522]).

§. 151.

Durch die in integrum restitutio werden Ansprüche aller Art wieder hergestellt, sowohl dingliche als persönliche. Diese Wiederherstellung ist aber meistentheils an eine kürzere Frist gebunden, als an diejenige, welche jenen Ansprüchen im Allgemeinen als Verjährungszeit gesetzt ist. Die ursprünglich für die in integrum restitutio angenommene Frist ist ein annus utilis. Dieser Zeitraum schien genügend für eine Rechtshülfe, welche nicht nur dem ius civile fremd, sondern demselben sogar ent-

522) Io. Christ. Woltaer observat. ad ius civile et Brandenb. pertin. fasc. 1. (Halae 1777. 8.) obs. 23. — Chr. Frid. Glück diss. de vita petendae restitutionis in integrum praetoriae secundum doctrinam Romanorum praecipue quadriennali, hodie vero perpetua. Halae 1776. 4. (verbessert in den opusc. iurid. fasc. 2. pag. 259—500., und fasc. 4. pag. 1—95. Erlangae 1785. 1790.). — Io. Dav. Reichard (praes. Io. Christoph Koch) diss. de praescr. restitutionis in integrum. Giessae, 1780. — Glück Erl. d. Pand. Th. 5. S. 432—451. ⊕v. Löhr Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 10. Abh. 2. Nro. 10.⊕ [Burchardi Wiedereinſ. i. d. vor. Stand Gött. 1831. p. 499—537. v. Savigny Syst. Bd. VII. p. 242—263. Steinberger in Weiske's Rechtslex. Bd. IX. p. 308—312. Eine besondere Dissertation über diesen Gegenstand ist A. F. de Schroeter Comm. de temporib. in int. restitutionum Ien. 1834.]

gegen war[523]). Insbesondere finden wir diesen annus utilis erwähnt, wenn wegen Minderjährigkeit eine in integrum restitutio Statt finden soll (l. 19. D. de minor. 4. 4. L. 7. pr. C. de temp. i. i. r. 2. 53. L. 6. C. de interd. matr. 5. 6.) *). Wir finden ihn ferner in den uns aufbehaltenen Worten des Edicts über die in integrum restitutio derjenigen, welche durch außerordentliche Umstände abgehalten gewesen sind, für die Erhaltung ihrer Rechte zu sorgen (l. 1. §. 1. L. 28. §. 3. 4. D. ex quib. caus. mai. 4. 6.), so wie in den besonderen Anwendungen, welche von dieser Bestimmung auf Kriegsleute gemacht werden, (l. 1., l. 3. C. de rest. mil. 2. 51.). Nur bei derjenigen in integrum restitutio, welche denen ertheilt wird, die durch den bürgerlichen Tod (capitis deminutio) des Schuldners ihre Ansprüche gegen denselben verloren haben, ist nach einer ganz ausdrücklichen Bestimmung (l. 2. §. 1. 5. D. de cap. min. 4. 5.) diese Beschränkung ausgeschlossen. Diese Ansprüche können also auch auf dem Wege der in integrum restitutio immerwährend (perpetuo) angebracht werden, insoferne [sie nicht ihrer besonderen Natur nach inzwischen verjährt sind.]

Jener annus utilis findet sich nun in dem Justinianischen Rechte in ein tempus continuum verwandelt. Zuerst wurde diese Verwandlung durch eine Verordnung Constantin's des Großen in Beziehung auf die in integrum restitutio der Minderjährigen eingeführt (l. 2. Th. C. de int. rest. 2. 16.)[524]). In

523) So wird in der l. 35. pr. D. de O. et A. 44. 7. von der Publiciana in rem actio, in sofern sie „rescissa usucapione" gegeben wird, gesagt, sie sei in die Gränzen einer Jahresfrist eingeschlossen (vgl. §. 5. I. de act. 4. 6.), und als Grund wird hinzugefügt „quia contra ius civile datur." [vgl. deswegen v. Savigny Syst. Bd. V. p. 354. Keller Civ.-Proc. §. 93. Not. 1169. Demelius Unters. p. 45—48.]

*) Legitimum tempus heißt diese Zeit bei den Minderjährigen L. 19. D. cit. L. 6. pr. C. de temp. i. i. r. „ohne Zweifel, weil sie aus der Lex Plätoria auf die Restitution übertragen war." v. Savigny a. a. O. p. 254. verm. Schr. II. p. 344. A. M. Burchardi a. a. O. p. 499. Not. 2.

524) Man vgl. über diese Stelle Glück diss. de vita pet. rest. in integr. §. 29. (opusc. fasc. 4. pag. 21 sqq.) [Ueber diese und andere damit zusammenhängende Verordnungen Constantin's vgl. Burchardi a. a. O. p. 500. 501. L. 5. C. de temp. in int. rest. L. un. C. Th. de dol. 2. 15. L. 2. C. Th. de dilat. 2. 7. Allerdings ist die Subscription der L. 5. C. cit. und damit deren Verhältniß zu L. 2. C. Th. de in int. rest. noch sehr zweifelhaft vgl. Herrmann ad L. 5. cit. Not. 20.]

Rom und in dem Stadtgebiete von Rom (intra centesimum urbis Romae milliarium) sollte an die Stelle des annus utilis ein tempus continuum von fünf Jahren treten, in Italien eine Zeit von vier Jahren, in dem außeritalischen Staatsgebiete eine Zeit von drei Jahren. Rücksichtlich der auch den Volljährigen zu Statten kommenden in integrum restitutio ist nichts geändert. Justinian erst findet es passend, alle diese Unterschiede aufzuheben. Er verordnet also (l. ult. C. de temp. in int. rest. 2. 53.), daß, ohne Rücksicht auf Ortsunterschiede oder auf die Verschiedenheit zwischen der in integrum restitutio der Minderjährigen und der Volljährigen, der annus utilis in ein quadriennium continuum verwandelt sein solle [525]). Diese Bestimmung

---

525) Mehrere Schriftsteller unseres Fachs [so wieder Zimmern Gesch. d. Röm. Pr.-R. III. p. 325. de Schroeter l. l. p. 11. Steinberger a. a. O. p. 309. 310.] behaupten, Justinian habe die Verwandlung des annus utilis in ein quadriennium continuum nur eingeführt für die in integrum restitutio der Minderjährigen, und für diejenige in integrum restitutio, welche aus Rücksicht auf Abwesenheit nachgesucht wird (vgl. die Anführungen in Glück's Erl. d. Pand. Th. 5. S. 436. Anm. 17.). Allein die Verordnung Justinian's sagt ganz allgemein „Quod non solum in minorum restitutionibus .... sed etiam in maiorum hoc idem adhiberi sancimus, ut et hic pro utili anno memorata continuatio temporis observetur ad interponendam contestationem finiendamque litem.“ Weiterhin (im §. 1.) erwähnt die Verordnung bei den maiores als Grund der in integrum restitutio freilich nur das „tempus, in quo reipublicae causa abfuerint, vel aliis legitimis causis, quae veteribus legibus enumeratae sunt, fuerint occupati“, dadurch hinweisend auf die in der l. 1. §. 1. D. ex quib. caus. 4. 6. aufgezählten Abhaltungsgründe. Man darf aber nicht vergessen, daß diese Fälle mit Recht vorzugsweise genannt sind, weil sie in der That die Gründe beinahe erschöpfen, aus welchen den Volljährigen eine in integrum restitutio verstattet ist. Zwar finden wir in l. 1. 2. D. de in int. rest. 4. 1. noch außerdem Zwang, Betrug, bürgerlichen Tod und Irrthum als Gründe der in integrum restitutio aufgeführt, welche auch bei Volljährigen vorkommen können, allein eine in integrum restitutio wegen Zwanges scheint durch die quod metus causa actio selten gemacht worden zu sein (vgl. l. 9. §. 4. D. quod met. caus. 4. 2.); die in integrum restitutio wegen Betrugs ist, wie es scheint, in der doli actio ganz untergegangen, da eine solche in dem ganzen Titel de dolo malo nicht weiter erwähnt wird [wider die Gegenbemerkung Burchardi's p. 512. Not. 33. s. v. Savigny a. a. O. p. 115.]. Die in integrum restitutio wegen bürgerlichen Todes gehört nicht hieher, weil sie nie an einen annus utilis gebunden war (l. 2. §. 1. 5. D. de cap. min. 4. 5.); und was die in integrum restitutio wegen Irrthums anbetrifft, so ist diese wohl überhaupt nur aus besonderen Gründen zugelassen worden. [vgl. Bd. I. Not. 495. Ueberein-

der Verjährungszeit muß überdieß bei derjenigen Restitution, welche den Gemeinden, den Kirchen und den milden Stiftungen ertheilt wird, in Anwendung gebracht werden. In Ansehung der beiden letzteren haben wir dafür das ausdrückliche Zeugniß der kirchenrechtlichen Quellen (cap. 1. 2. de rest. in int. in VI. 1. 21.). Was aber das Recht der Gemeinden betrifft, so läßt sich anführen, daß die den Gemeinden bewilligte in integrum restitutio überhaupt als eine Ausdehnung des den Minderjährigen zustehenden Rechts angesehen wird (l. 4. C. quib. ex caus. mai. 2. 54.; l. 3. C. de iure reip. 11. 29.).

Eine andere Frage ist es, ob die Verjährungsfrist bis zur gewöhnlichen Dauer ausgedehnt werden darf, wenn die Verletzung darin bestanden hat, daß der Verletzte an der ihm zur Ausübung eines Rechts verstatteten Zeit gekürzt worden ist, und diese Verkürzung nicht so viel beträgt, als die Dauer der Verjährungszeit ausmacht [526]). Ich sollte denken, daß die bejahende Meinung theils an sich natürlich ist, theils auch durch die Berufung auf das kirchliche Recht außer Zweifel gesetzt werden kann [527]). Wer also z. B. zu der Zeit, da er verreisen muß, nur noch ein paar Tage übrig hat, der genießt nach seiner Rückkehr dennoch der vollen vierjährigen Frist zur Ausübung des ihm während der Abwesenheit verloren gegangenen Rechts. Eben so derjenige, welcher durch Zwang von der Ausübung eines Rechts abgehalten worden ist. Wenn er auch nur noch wenige Tage übrig hatte, so wird er doch nach wegfallendem Zwange volle vier Jahre Zeit haben, um die in integrum restitutio nachzusuchen. Inzwischen möchte ich diese Regel nicht ohne Ausnahme gelten lassen. Wenn nämlich der rechtliche Grund für die in integrum restitutio die Person desjenigen gar

---

stimmend u. A. v. Savigny p. 256. v. Vangerow Pand. I. p. 350. Sintenis Civ.-R. §. 36. Not. 120. Burchardi p. 514., doch geht dieser darin zu weit, daß er selbst die rest. propt. cap. dem. einer vierjährigen Verjährung unterworfen glaubt.]

526) Diese Frage war schon zur Zeit der Glossatoren Gegenstand des Streits. [s. Haenel. Dissensiones dominor. Lips 1834. vetus coll. §. 32. Roger. §. 2. Hugol. §. 45. 50. quaest. II. §. 53. 57. 378. 441.]

527) Clem. un. de rest. in int. 1. 11. „....restitutio peti potest.... infra quadriennium continuum a tempore laesionis, etiamsi minus quadriennio tempus laesionis exsistat.... “

nicht berührt, der die außerordentliche Rechtshülfe zu suchen genöthigt ist, so ist es auch ganz billig, wenn ihm zur Nachsuchung der in integrum restitutio nur so viel Zeit gewährt wird, als er zur Zeit des eintretenden Hindernisses noch übrig hatte; denn da er hier nicht gehindert war, sein Augenmerk fortdauernd auf die Geltendmachung seines Rechtes zu richten, so würde es eine seltsame Begünstigung sein, wenn ihm die gewöhnliche Verjährungszeit verstattet wäre. Fälle der zuletzt erwähnten Art treten namentlich ein, wenn einfallende außerordentliche Festtage eine außerordentliche Schließung der Gerichte veranlaßt haben, oder wenn eine Abwesenheit des Gegners für die Rechtsverfolgung hinderlich gewesen ist [528]).

Eine fernere Streitfrage entsteht, wenn bestimmt werden soll, ob derjenige, welcher eine in integrum restitutio erlangt hat, nun noch außerdem eine neue Frist habe, um das durch Versäumniß verloren gewesene Recht auszuüben. [S. Haenel Diss. Dom. Hugol. §. 51.] In der That haben Einige die Meinung aufgestellt, daß ihm nun wieder von neuem ein annus utilis, und folglich nach neuerem Rechte eine vierjährige Zeitfrist zu Gebote stehe. Diese Ansicht muß aber schlechterdings verworfen werden*). Eher könnte man behaupten, daß durch die

---

528) L. 26. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. „. . . . §. 7. . . . Sed cum feriae tempus eximunt, restitutio duntaxat ipsorum dierum facienda est, non totius temporis. Et ita Iulianus . . . . scribit. Ait enim, rescissionem usucapionis ita faciendam, ut hi dies restituantur, quibus actor agere voluit, et interventu feriarum impeditus est. §. 8. Quoties per absentiam quis non toto tempore aliquem exclusit, ut puta rem tuam possedi uno minus die statuto in usucapionibus tempore, deinde reipublicae causa abesse coepi, restitutio adversus me unius diei facienda est.“ [vgl. noch L. 50. D. de minor. 4. 4.; allein in diesen Fällen handelt es sich nicht um die Zeit, innerhalb deren die Restitution nachgesucht werden muß, sondern um die, welche durch die gewährte Restitution gewonnen wird. Von der ersteren spricht dagegen L. 28. §. 3. D. ex quib. caus., freilich aber auch nur von der causa absentiae. Für durchaus unzulässig halte ich es nämlich, mit Cuiacius Obs. XIX. 15. und v. Savigny a. a. O. §. 340. Not. a. den Ausdruck absentiae durch „intervalla absentiarum“ zu erklären. Die Unrichtigkeit dieser Auffassung ergiebt sich schon aus den Worten „quantum novissima eius absentia occupavit.“]

*) Vgl. v. Savigny a. a. O. p. 255. „Das rescissorium ist eine gewöhnliche Klage, die von der verschiedensten Art sein kann, und bald dieser, bald jener Klagverjährung unterworfen ist. Diese Klagverjährung kann in

Wiederherstellung des vorigen Zustandes das verloren gegangene Recht ganz und gar in diejenige Lage zurückversetzt werde, welche bestanden hat, als die Ursache zu wirken anfieng, welche der in integrum restitutio zur Rechtfertigung diente. Doch scheint auch hier noch eine Beschränkung eintreten zu müssen. 1) Wenn von einer in einer besondern Form vorzunehmenden Handlung die Rede ist, deren Frist Jemand versäumt hat (wie denn z. B. die agnitio bonorum possessionis als eine solche genannt werden kann), so muß natürlich, nachdem die in integrum restitutio ausgesprochen ist, noch eine besondere Frist zur Vornahme dieser Handlung offen sein. Diese kann dann aber, wie billig, nicht mehr betragen, als die Zeit ausmacht, um welche der Verletzte eigentlich verkürzt worden war[529]. 2) Wenn die in integrum restitutio auf Wiederherstellung eines durch Versäumniß verlorenen Klagerechts gerichtet ist, so darf angenommen werden, daß die Zulassung einer solchen nur durch eine in integrum restitutio zu begründenden Klage an die Fristen der in integrum restitutio geknüpft ist[530]. Der bei uns übliche Gebrauch, die Bitte um eine außerordentliche Rechtshülfe gegen das Versäumniß sogleich mit der Klage, um derentwillen man jene Rechtshülfe nachsucht, in Verbindung zu bringen (vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 5. S. 413. Anm. 50.), entspricht jenen Bedingungen vollkommen. Die Annahme besonderer Verjährungsfristen für das sogenannte iudicium rescissorium fällt dadurch

---

jedem Fall erst anfangen von der Zeit der rechtskräftig ertheilten Restitution, weil die Klage verloren war, und erst jetzt wieder entstanden (actio nata) ist" — natürlich vorausgesetzt, daß nicht im Restitutionsdecret eine kürzere Zeit zur Anstellung der actio restitutoria bestimmt ist s. Burchardi a. a. O. p. 507—509.

529) Clem. un. de rest. in int. 1. 11. „.... Sed non fiet restitutio, nisi ad tantum tempus, quantum se laesam fore probabit."

530) Von der Publiciana actio wird uns gesagt, sie sei auf ein Jahr beschränkt, „cum rescissa usucapione redditur" (l. 35. pr. D. de O. et A. 44. 7. §. 5. I. de act. 4. 6.). Sollte dieses nicht von jeder (utilis) in rem actio vel in personam, welche „rescissa acceptilatione vel alia liberatione" gegeben wird (l. 9. §. 4. D. quod met. caus. 4. 2.), eben so gegolten haben? Der in der l. 35. cit. angeführte Grund „quia contra ius civile datur," paßt ganz allgemein. [vgl. indessen L. 10. D. ad Sc. Vellei. 16. 1. L. 2. §. 5. D. de cap. min. 4. 5. Keller Civ.-Proc. §. 93. Not. 1169. Demelius Unters. p. 45 ff.]

von selbst weg. Merkwürdig ist es, daß nach Römischem Rechte die Verjährungszeit, welche der in integrum restitutio gesetzt ist, nicht bloß für die Nachsuchung derselben, sondern zugleich für die Beendigung des Verfahrens gelten soll. Ob dieses auch in der ältern Zeit so gewesen ist, mag dahin gestellt bleiben; desto gewisser ist es für das neuere, und namentlich für das Justinianische Recht[531]). Nicht minder gewiß ist es aber auch, daß unsere heutigen Gerichte, in Folge des so sehr veränderten gerichtlichen Verfahrens, diese Bestimmung des Römischen Rechts nicht mehr als anwendbar betrachten (Glück Erl. d. Pand. Thl. 5. S. 443. Burchardi a. a. O. p. 506 f. v. Savigny p. 254. v. Vangerow p. 354. u. A. m.), obgleich noch in den kirchlichen Rechtsquellen von einer Beendigung der causa restitutionis innerhalb der vier Jahre die Rede ist (Clem. un. de rest. in int. 1. 11.). Weniger Beifall verdient es, wenn man hat behaupten wollen, daß die besondere Ver-

531) Justinian sagt (l. ult. C. de temp. i. i. r. 2. 53.), er bestimme statt des bis dahin geltend gewesenen annus utilis ein quadriennium continuum „ad interponendam contestationem finiendamque litem." Zwar will Hugo Donellus (comm. iur. civ. XXI. 10.) anstatt „finiendamque litem" lieber „inchoandamque litem" lesen. Aber mit Unrecht. [vgl. Burchardi a. a. O. p. 503. Not. 14.] Denn [abgesehen davon, daß von jeher das Restitutionsverfahren innerhalb des annus utilis beendet sein mußte L. 39. pr. D. de minor. 4. 4., so hatte] schon Constantin der Große (l. 2. Th. Cod. de int. rest. 2. 16.) als er die in integrum restitutio der Minderjährigen an ein bestimmtes tempus continuum knüpfte, ausdrücklich bemerkt, er habe nun „finiendas integri restitutionum decidendasque causas" in feste Zeitgränzen zurückgeführt. Weiterhin (§. 1.) heißt es, die von ihm festgesetzte Zeit sei „ad persequendas in integrum restitutiones finiendasque causas," oder, wie im §. 3. „ad exponendas integri restitutiones decidendasque causas" gegeben. (Die l. 5. I. C. de temp. i. i. r., welcher die l. 2. Th. C. cit. zum Grunde liegt, hat §. 2. ebenfalls die Worte „ad pers. i. i. rest. finiendasque causas"). Auf ähnliche Weise ist die Verjährungsfrist für die doli actio von Constantin bestimmt worden (vgl. §. 281.). Mit diesen Verordnungen steht in Verbindung, was in l. 6. C. de temp. i. i. r. ausgesprochen ist. Es sollen nämlich demjenigen, welcher die in integrum restitutio sucht, nur in soweit Fristverlängerungen (dilatio) gegeben werden können, als nicht dadurch ein Ueberschreiten der Verjährungszeit herbeigeführt würde. Wenn der Gegner Verlängerung sucht, fällt diese Rücksicht weg, und auf diese Weise kann sogar die Untersuchung über die Verjährungszeit hinaus erstreckt werden. [Burchardi a. a. O. p. 503—507. v. Savigny a. a. O. p. 253. v. Vangerow Pand. I. p. 354.]

jährungszeit, welche der in integrum restitutio vorgeschrieben ist, heut zu Tage ganz wegfallen müsse, weil sie jetzt keine außerordentliche Rechtshülfe mehr sei, sondern ipso iure begründet werde [532]). Theils ist diese Voraussetzung ganz unzulässig, weil sie, wenn sie wahr wäre, schon für das Justinianische Recht wahr sein müßte, wo doch offenbar noch das besondere Verjährungsrecht vorkommt; theils ist jeder daraus zu ziehende Schluß auch deswegen mißlich, weil im kirchlichen Rechte das quadriennium continuum als die der in integrum restitutio eigenthümliche Verjährungsfrist anerkannt ist (Clem. un. de rest. in int. 1. 11.).

§. 152.

Wenn gegen das Recht der in integrum restitutio eine Verjährung anfangen soll, so wird vorausgesetzt, daß der Grund weggefallen sei, der den Anspruch auf eine außerordentliche Rechtshülfe begründet (l. ult. C. de temp. i. i. r. 2. 53.).

I. Bei der in integrum restitutio der Minderjährigen fängt die vierjährige Verjährung erst mit dem Ende der Minderjährigkeit an; also wo die Vorschriften des Römischen Rechts auch in Beziehung auf die Gränze der Minderjährigkeit gelten, mit dem Ablaufe des fünf und zwanzigsten Lebensjahres L. 7. pr. C. cit. *). Hat die Minderjährigkeit durch eine Volljährigkeitserklärung schon früher aufgehört, so kommt es auf die Zeit der gerichtlichen Insinuation der Volljährigkeitserklärung

---

532) Es ist dieses die Woltärsche Meinung (obs. I. 23.). Glück (diss. de vita petendae rest. in int. praetor.) hat sie zu der seinigen gemacht, und in der neuen Bearbeitung dieser Abhandlung (in den opusc.) nicht bloß wiederholt vertheidigt (fasc. 4. §. 37.), sondern auch gegen die Einwendungen A. F. Schott's (unparth. Kritik, St. 68. Nro. 20.) und Reichard's (diss. de praescr. rest. in int.) in Schutz zu nehmen versucht. In der Erläut. d. Pand. kommt diese Ansicht nicht weiter vor; ich schließe demnach auf eine stillschweigende Zurücknahme. [vgl. noch Burchardi a. a. O. p. 487 f.]

*) Die in der ersten Ausgabe hier angezogene L. 3. §. 3. D. de minor. redet vielmehr von „der Gränze des restituierbaren Alters," wobei a momento ad momentum gerechnet wird, vgl. v. Savigny Syst. Bd. IV. p. 405 ff. Die Verjährung der in int. rest. dagegen folgt hierin ganz dem Rechte der Klagverjährung ebd. p. 413. L. 2. C. Th. de int. rest. s. noch Burchardi p. 515 f. v. Savigny Bd. VI. p. 245.

an (l. 5. pr. C. de temp. i. i. r.)[533]). Stirbt der Minderjährige vor erlangter Volljährigkeit, so wird zu unterscheiden sein. 1) Ist der Erbe ebenfalls ein Minderjähriger, so kommt es nun auf das Volljährigwerden des Erben an, gleichviel ob der Erblasser, wenn er am Leben geblieben wäre, die Volljährigkeit früher oder später erlangt hätte, als sie nun beim Erben eintritt[534]). Es ist dieses auch den allgemeinen Grundsätzen über die bei ererbten Ansprüchen geltend zu machenden persönlichen Begünstigungen des Erben vollkommen gemäß (vgl. Thl. 1. §. 33.). 2) Ist der Erbe ein Volljähriger, so fängt die Verjährungszeit gegen ihn an zu laufen, sobald er die Erbschaft angetreten oder die bonorum possessio erlangt hat (l. 5. §. 3. C. cit. L. 18. §. 5. D. de minor.). [War hingegen den Erblassern schon ein Theil der Restitutionsfrist verstrichen, so kommt den Erben nie mehr als der Rest zu Statten, der ihnen dann von den bezeichneten Zeitpunkten an zu laufen beginnt L. 19. D. eod. L. 5. §. 2. C. cit. §. 154.]. Außerordentliche Umstände können in beiden Fällen den Anfang der Verjährung noch weiter hinausschieben. So z. B. wenn der Minderjährige zur Zeit der eintretenden Volljährigkeit im Kriege oder sonst auf eine ihn entschuldigende Weise abwesend, und überhaupt in einer Lage

---

533) Es ist eine Besonderheit, [s. Burchardi a. a. O. p. 526.] daß ungeachtet der Volljährigkeitserklärung immer noch die in integrum restitutio erlangt werden kann, so lange das fünf und zwanzigste Jahr noch nicht überschritten ist. Die l. 5. pr. C. de temp. i. i. r. 2. 53. sagt „Ita tamen, ut nunquam minoribus XXV annis constitutis de his, quae ante impetratam veniam aetatis gesserunt, auxilium in integrum restitutionis denegetur.“ In der l. 2. Th. C. de int. rest. 2. 16., welche übrigens die Quelle der l. 5. cit. ist, finden sich die angeführten Worte nicht; diese scheinen also von den Sammlern des Codex zugesetzt worden zu sein. [s. noch v. Holzschuher Theor. u. Cas. Bd. I. p. 221. Nro. 11. Sintenis a. a. O. p. 390. u. A. m.]

534) L. 5. §. 1. C. de temp. i. i. r. „Si quando sane in minoris iura successerit minor, minime prohibeatur, cum quintum et vicesimum suae aetatis annum transierit, in integrum restitutionis beneficio uti tempore illibato.“ Vgl. l. 19. D. de minor. 4. 4., wo als Grund dieser auf die Minderjährigkeit des Erben zu nehmenden Rücksicht angeführt wird „hoc enim ipso deceptus videtur, quod, cum posset restitui intra tempus statutum ex persona defuncti, hoc non fecit.“ [S. noch Paul. R. S. I. 9. § 4. Burchardi a. a. O. p. 524 f. v. Savigny a. a. O. p. 264. Seuffert Pand. R. §. 666. Not. 26.]

ist, die auch dem Volljährigen einen Anspruch auf in integrum restitutio giebt (l. 1. 3. 4. C. cit.)*).

II. Bei der den Kirchen zu ertheilenden in integrum restitutio beginnt der Lauf der Verjährung in der Regel mit dem Augenblicke der Verletzung[534a]). In außerordentlichen Fällen (z. B. wegen Einwirkung von Betrug) wird jedoch mit billiger Berücksichtigung der Anfang der Verjährung weiter hinausgeschoben (cap. 1. 2. de rest. in int. in VI. 1. 21.). Das nämliche muß natürlich in Beziehung auf die den Gemeinden zu ertheilende in integrum restitutio behauptet werden.

III. Der Anfangspunkt der Verjährung gegen Volljährige, welche in der Lage sind, eine in integrum restitutio verlangen zu können, wird nun auch leicht zu bestimmen sein. Ist eine zur rechtlichen Entschuldigung gereichende Abhaltung der Grund derselben, so läuft die Verjährung nicht eher, als bis die Abhaltung ihre Wirksamkeit verloren hat. So läuft also z. B. gegen denjenigen, der wegen des Nachtheils, der ihn durch eine Sendung in öffentlichen Angelegenheiten betroffen hat, die in integrum restitutio in Anspruch nimmt, die Verjährung erst mit der Heimkehr von dieser Sendung**). Eben so wird bei er-

---

*) Hierbei kommt dann die vielbestrittene Frage zur Sprache, ob gegen den Ablauf des quadriennium restitutionis wieder Restitution zulässig sei. Dagegen namentl. Burchardi p. 134 f. Puchta Pand. §. 107. Not. h. Vorl. Bd. I. p. 219. Sintenis a. a. O. §. 36. Not. 37. Steinberger a. a. O. p. 299. v. Holzschuher a. a. O. I. p. 219. Dafür v. Savigny p. 258 ff. Seuffert a. a. O §. 665. Not. 20. Arndts Pand. §. 122. Anm. 3., woselbst L. 26. §. 1. L. 28. pr. D. ex quib. caus. 4. 6. dafür angezogen werden, daß selbst Savigny noch nicht weit genug gehe, wenn er in L. 1. und 3. C. cit. ein anomales Recht der Soldaten erblicke. — Wegen des abstinierenden suus s. v. Wening-Ingenheim Civ.-R. Bd. III. p. 495. Not. m. Göschen Vorl. I. p. 549. 555 f. Burchardi p. 526 f.

534a) Cap. 2. de rest. in int. in VI. 1. 21. Si adversus confessionem in iudicio a se factam laesa ecclesia beneficium restitutionis in integrum infra quadriennium, ab ipsius confessionis tempore computandum, petere negligenter omittat . . . Clem. un. de rest. in int. 1. 11. — infra quadriennium continuum a tempore laesionis . . . [vgl. Göschen Vorl. §. 188. v. Savigny a. a. O. p. 247 f. Seuffert a. a. O. §. 667. — Vermehren. Ueber das quadriennium restitutionis der Kirchen Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 10. Nro. 18.]

**) Den Abwesenden stellt die Praxis die Geisteskranken gleich arg. L. 22. §. 2. D. ex quib. caus. mai. 4. 6. L. 124. §. 1. D. de R. I. 50. 17. und berechnet den Lauf des quadriennium von ihrer Genesung an. Seuffert Arch. V. 103.

zwungenen Rechtsveränderungen, insoferne gegen dieselben der Weg einer eigentlichen in integrum restitutio ergriffen werden sollte, die vierjährige Verjährungszeit erst mit der Beseitigung des Zwanges beginnen können*).

§. 153**).

Gewöhnlich wird noch die Behauptung aufgestellt, es sei überdieß erfoderlich, daß derjenige, welcher der in integrum restitutio bedarf, von der Verletzung, welche ihn betroffen hat, Kenntniß habe; erst von der Zeit an, da er diese Kunde erlangt hat, könne die Verjährung ihren Anfang nehmen***). Ich halte mich für berechtigt, dieser Ansicht zu widersprechen. Unstreitig liegt es im Allgemeinen nicht in der Natur der Verjährung, daß man vor dem Laufe derselben Kenntniß haben müsse. Besondere Bestimmungen fehlen ebenfalls; im Gegentheil wird in der l. ult. C. de temp. i. i. r. 2. 53. in Beziehung auf die in integrum restitutio der Minderjährigen die vierjährige Verjährungszeit schlechthin vom Ende der Minderjährigkeit an gerechnet†). Der hauptsächliche Zweifelsgrund liegt darin, daß in der l. ult. C. cit. gesagt wird, das quadriennium continuum laufe „ex die, ex quo annus utilis currebat." Da nun bekanntlich (vgl. Thl. 1. Anm. 289.) bei der Berechnung des tempus utile die Zeit des Nichtwissens nicht in Anschlag komme, so könne insbesondere nicht angenommen werden, daß der annus utilis angefangen habe zu laufen, ehe dem Beeinträchtigten das

---

*) Uebereinstimmend v. Savigny a. a. O. p. 246. Consequent behauptet er ferner, daß ebenso bei Betrug und Irrthum erst mit Beseitigung der Täuschung die Verjährung anhebe (p. 246 f. 250 f. s. auch Arndts Pand. §. 122. zu Not e.). C. 2. de rest. in VI. kann dafür nicht beweisen, da deren letzte Hälfte gar nicht mehr von der Restitution, sondern von dem einfachen Widerrufe (per viam communem revocationis erroris) eines Geständnisses spricht, und so scheint es richtiger mit v. Wening Civ.-R. III. p. 490. Not. o. Puchta Pand. §. 105. Not. d. e. und Vangerow Pand. I. p. 351 ff. in diesen Fällen von dem Momente der Läsion an zu rechnen. vgl. noch Keil a. a. O. p. 401—403.

**) Hierher gehört namentlich: Keil. Von welchem Moment an läuft das quadriennium d. rest. in int.? Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 38. p. 379—408.

***) Vgl. Seuffert Arch. III. 191.

†) S. ebend. VIII. 10. X. 320.

Bedürfniß der in integrum restitutio bekannt geworden war*); dieses Recht müsse sich also auch auf das quadriennium continuum übertragen.

Gegen diese Art zu schließen muß ich bemerken: 1) daß Justinian, wenn er sagte, das quadriennium continuum laufe „ex die, ex quo annus utilis currebat", füglich an die gewöhnlichen Fälle denken konnte, in denen nicht aus besonderen, in der Natur des tempus utile liegenden Gründen der Anfang der Verjährung gehindert war. Sodann aber muß ich 2) noch gar sehr bezweifeln, ob hier der annus utilis so berechnet wurde, daß man die Zeit des Nichtwissens übersprang. Heißt es nicht in der l. ult cit. von der in integrum restitutio der Minderjährigen ganz ausdrücklich „utilis annus incipit currere, ex quo vicesimi sexti anni dies illuxerit?" Der volljährig Gewordene mag also sorgfältig nachforschen, ob er nicht in den Jahren seiner Minderjährigkeit irgendwo in einen rechtlichen Nachtheil gerathen ist. Zu dieser Nachforschung hat er einen annus utilis (jetzt ein quadriennium continuum). Diese Zeitfrist mag er benutzen; später sucht er umsonst die richterliche Hülfe. Dieses wird auch auf die Fälle anzuwenden sein, in denen eine Abhaltung, z. B. eine Sendung in öffentlichen Angelegenheiten, den rechtlichen Grund für die in integrum restitutio darbietet. Wohl möglich, daß er nach seiner Heimkehr nicht sogleich Kenntniß erhält von den rechtlichen Nachtheilen, die ihn in der Zwischenzeit betroffen haben. Aber gerade um dieses zu erfahren, hat er den annus utilis (quadriennium continuum). Daß außerordentliche Umstände, die selbst wieder rechtliche Gründe für eine in integrum restitutio darbieten, auf Berücksichtigung Anspruch haben, versteht sich ohnehin. Vgl. cap. 2. de rest. in int. in Sexto 1. 21.[535]).

*) Wegen der Unrichtigkeit der gegnerischen Voraussetzung, das tempus utile laufe während der Zeit der Unkenntniß nicht s. Bd. I. Not. *) nach Anm. 289.

535) Man vergleiche über diese Streitfrage Glück Erl. d. Pand. Th. 5. S. 442. 443. und dessen diss. de vita rest. in int. §. 30. (opusc. fasc. 4. pag. 37—39.). Zu denjenigen, welche die vier Jahre erst von der Zeit der Wissenschaft an laufen lassen, gehört Thibaut (Bes. u. Verj. S. 132.). Glück (a. a. O.) glaubt, daß wenigstens der Gerichtsgebrauch sich für die Meinung entschieden habe, daß die Verjährung erst von der Zeit der erlangten Wissenschaft an ihren Lauf nehme. Allein es möchte schwer sein, hier eine Gleich-

§. 154.

Die Unterbrechung der Verjährung richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen (vgl. Thl. 1. §. 122 fgg.)*). Doch verdient besonders untersucht zu werden, inwieferne etwa der Tod desjenigen, der auf die in integrum restitutio Anspruch zu machen hat, auf den Lauf der Verjährung von Einfluß ist. In der Regel wird ein solcher Einfluß nicht Statt finden; der Erbe wird also die in integrum restitutio innerhalb der Zeit suchen müssen, die ihm der Erblasser von der ganzen Verjährungsfrist übrig gelassen hat. Wenn jedoch der Erbe ein Minderjähriger ist, so muß auf dessen Minderjährigkeit Rücksicht genommen werden; nach Ablauf derselben läuft aber nicht etwa eine ganz neue Verjährungsfrist für die im Namen des Erblassers nachzusuchende in integrum restitutio, sondern es wird die von dem Erblasser übrig gelassene Frist benutzt werden müssen. Es gehören hieher folgende zwei Stellen:

---

förmigkeit des Gerichtsgebrauchs nachzuweisen. [Daß die Ansicht des Verf. den Grundsätzen des Röm. Rechts entspricht, wird nunmehr allseitig anerkannt. s. z. B. Burchardi p. 517 ff. v. Savigny p. 248 ff. Sintenis a. a. O. §. 36. Not. 123. Puchta Pand. §. 105. Not. e. v. Vangerow Pand. I. p. 350 ff. Zweifelhafter ist es, ob das canonische Recht hierin eine Aenderung getroffen habe c. 1. 2. de rest. in VI. 1. 21. clem. un. eod. 1. 11. entweder allgemein (so wieder v. Holzschuher Theor. u. Cas. I. p. 220. schwankend erklärt sich Burchardi p. 523 f.) oder doch für die Kirchen (Keil a. a. O p. 396 ff. 408.) und milde Stiftungen (Mühlenbruch Pand. Bd. I. §. 160. Not. 4. Sintenis a. a. O. Steinberger a. a. O. p. 311.). Allein auch dieß läßt sich nicht behaupten s. Vermehren a. a. O. bes. p. 400 ff. v. Savigny a. a. O. Arndts Pand. §. 122. Anm. 2. v. Vangerow a. a. O. p. 353. Die Praxis neigt sich freilich noch immer dem Gegentheil zu s. z. B. Seuffert Pand. §. 667. Not. 5.]

*) Vgl. v. Savigny a. a. O. p. 251—254. Beachtung verdient besonders die Frage nach der Berechnung des tempus restitutionis bei wiederholter Abwesenheit. Die mildere Meinung, daß die Verjährung nur dann eintrete, wenn der volle Zeitraum in ein und dieselbe Anwesenheit fällt, wird in der That von Labeo in L. 28. §. 3. D. ex quib. caus. 4. 6. gebilligt; auch Savigny a. a. O. p. 252. entscheidet sich für sie. Dagegen spricht aber für die strengere Ansicht, wonach die Zeiten der Anwesenheit zusammenzurechnen sind, L. 7. §. 1. C. de temp. i. i. r. Et quemadmodum omnis minor aetas excipitur in minorum restitutionibus, ita et in maiorum tempus, in quo reipublicae causa abfuerint, vel aliis legitimis causis — fuerint occupati, omne excipiatur, et non absimilis sit in hac parte minorum et maiorum restitutio.

1. L. 19. D. de minor. 4. 4. „Plane si defunctus ad in integrum restitutionem modicum tempus ex anno utili habuit, huic heredi minori post annum vicesimum quintum completum non totum statutum tempus dabimus ad in integrum restitutionem, sed id duntaxat tempus, quod habuit is, cui heres exstitit.“

2. L. 5. §. 2. C. de temp. i. i. r. 2. 53. „Quodsi maioris fuerit minor iura nactus, quantum ad eas pertinet causas, quas ex persona maioris fuerit consecutus, tantum temporis ad exponendas in integrum restitutiones decidendasque causas accipere debebit, quantum defuncto, cuius heres aut bonorum possessor docebitur exstitisse, reliquum fuerat.“

Die erste dieser Stellen spricht klar für die vorgetragene Ansicht. Man sieht, daß der Erbe zwar nur „id tempus, quod habuit is, cui heres exstitit“, haben soll, zugleich aber, daß diese Zeit für ihn erst abzulaufen anfängt „post annum vicesimum quintum completum“. Undeutlicher ist die zweite Stelle, die daher aus der ersten ihre Erläuterung erhalten muß. Sie stimmt mit der ersten darin überein, daß sie dem Erben keine vollständige neue Verjährungsfrist verleiht, sondern bloß den übrig gebliebenen Rest ihm zu Gute kommen läßt; aber es ist nicht ausdrücklich gesagt, daß ihm die Zeit erst von der Zeit der erlangten Volljährigkeit laufen soll. Inzwischen war dieses auch nicht nöthig, indem der unmittelbar vorhergehende §. diese Bestimmung enthält, welche aus ihm auch in den folgenden hinüber getragen werden muß[536]).

§. 155.

Was von den Verjährungsfristen der in integrum restitutio überhaupt gilt, das gilt insbesondere bei derjenigen in integrum

---

536) In der l. 5. §. 1. C. cit. heißt es „Si quando sane in minoris iura successerit minor, minime prohibeatur, *cum quintum et vicesimum suae aetatis annum transierit,* in integrum restitutionis beneficio uti tempore illibato.“ Der Unterschied zwischen dem Falle, den dieser §. berührt (wo die Verjährungsfrist nicht angefangen hat zu laufen), und dem Falle des §. 2. besteht nämlich darin, daß im ersten Falle der Erbe ein tempus illibatum hat, im zweiten Falle nur quantum defuncto reliquum fuerat. Daß erst von der Zeit der Volljährigkeit an gerechnet wird, ist beiden Fällen gemein.

restitutio, welche gegen Erkenntnisse Statt findet*). Es ist hier nicht von derjenigen in integrum restitutio die Rede, welche heut zu Tage als ein ordentliches Rechtsmittel zugelassen wird, und folglich voraussetzt, daß das Erkenntniß noch nicht in Rechtskraft übergegangen sei, sondern von einer außerordentlichen Rechtshülfe, wodurch die Wirksamkeit eines rechtskräftig gewordenen Urtheils wieder aufgehoben wird. Ein solche in integrum restitutio wird namentlich erwähnt: 1) [wegen minor aetas. L. 42. D. de minor. 4. 4. Tit. Cod. si adv. rem. iud. 2. 27.], 2) wegen neu aufgefundener Urkunden, zwar nicht als Regel**) (l. 4. C. de re iud. 7. 52.), aber doch für besondere Umstände geltend[537]). 3) Wenn das anzufechtende Erkenntniß auf falschen Urkunden oder bestochenen Zeugen beruht (l. 33. D. eod. 42. 1. Paul. R. S. V. 5. A. §. 10.)***)[538]), [durch Mißgunst des Richters

*) Zimmern Gesch. d. Röm. Priv.-R. III. §. 168. p. 500—502. Bethmann-Hollweg Civ.-Proc. §. 35. p. 376—380. v. Linde Lehre v. d. Rechtsmitteln Bd. 2. Gießen 1840. §. 276—284. Heffter Civ.-Proc. §. 465—472. Heimbach in Weiske's Rechtslex. Bd. IX. p. 363—377.

**) An diesem Grundsatze hält auch das canon. Recht fest. c. 20. X. de sent. et re iud. 2. 27. — cum sub praetextu novorum instrumentorum lites non debeant instaurari — c. 21. eod. praetextu privilegii de novo reperti praedicta non debet sententia retractari.

537) Vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 5. S. 398—400. Insbesondere sehen wir aus l. 35. D. de re iud. 42. 1., daß „in negotio publico" eine in integrum restitutio eintreten könne. [Indessen hat man hierbei wohl nicht an gewöhnliche Restitutionen, sondern an außerordentliche kaiserliche Rescripte zu denken. Plin. ep. VII. 6. §. 10. Darauf deutet auch hin L. 31. D. de iurei. 12. 2., welche von der Zulässigkeit einer solchen Hülfe gegen das auf Grund eines Erfüllungseides gefällte Urtheil handelt und zwar in Privatsachen. Zu einem eigentlichen Rechtsinstitute ist die restitutio ex capite novorum erst in der Deutschen Praxis geworden s. Heimbach a. a. O. p. 366 ff. — Die von Linde a. a. O. p. 696. angezogenen Stellen L. 2. 3. C. si saep. in int. rest. postul. 2. 44. verstehen unter „novae defensiones" nicht neuentdeckte Beweismittel, sondern neue Gründe (δικαιώματα, δικαιολογίαι übersetzen die Basiliken X. 26. c. 2. 3.) für das einmal abgeschlagene Restitutionsgesuch. (vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. Not. 26. Heimbach a. a. O.). Dasselbe gilt von c. 10. X. de in int. rest. 1. 41. und L. 11. pr. D. de exc. rei iud. 44. 2. vgl. L. 27. eod. Linde a. a. O. p. 702 ff.].

***) Wegen des canon. Rechts vgl. c. 9. X. de prob. 2. 19. — obiecit in testes praedictos, quod corrupti falsa dixissent — unde, quia talis exceptio non solum ante, sed etiam post sententiam potest opponi — c. 9. X. de testib. 2. 26. c. 6. X. de except. 2. 25

538) Die Behauptung, daß durch l. 1—4. C. si ex falsis instrum. 7. 58.

L. 65. §. 2. D. ad Sc. Treb. 36. 1. cf. L. 7. C. quando prov. 7. 64. oder Prävarication des Anwaltes der unterliegenden Partei L. 1. C. de advoc. div. iudicior. 2. 7. herbeigeführt ist.] Es ist eine sehr gewöhnliche Behauptung, daß in diesen Fällen die Verjährungszeit sich auf dreißig Jahre erstrecke, weil hier die in integrum restitutio nicht eine praetoria, sondern eine civilis sei (vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 5. S. 445.). Allein mir will es scheinen, daß die Kaiser, wenn sie in ihren Antwortschreiben die Zulässigkeit einer in integrum restitutio gegen Erkenntnisse anerkannten, dabei nicht füglich eine andere Absicht haben konnten, als eine besondere Anwendung der in dem Edicte des Prätors enthaltenen clausula generalis*) auszusprechen und festzustellen. Es versteht sich von selbst, daß eben deswegen die allgemeinen rechtlichen Bestimmungen, welche die Verjährungszeit der in integrum restitutio betreffen, auch für diese besonderen Anwendungen gelten müssen. Auch in Beziehung auf den Anfang der Verjährung werden die allgemeinen Grundsätze anzu-

---

dieses geändert und darnach ein auf falsche Beweise gegründetes Erkenntniß ganz und gar ungültig sei, [Burchardi a. a. O. p. 348. 378 f.] kann ich in jenen Stellen nicht begründet finden; denn, wenn gleich dort nirgends eine entschiedene Beziehung auf die Nothwendigkeit einer in integrum restitutio sich findet, so ist doch auch keine Spur von einer Abänderung des früheren, in der l. 33. D. cit. hervortretenden Rechtes zu entdecken. [vgl. v. Linde a. a. O. p. 686.]

*) Der Grund des Verf. ist freilich unhaltbar s. Bd. I. Anm. 495., in der Sache dürfte er dagegen Recht haben. Wo das Gesetz eine Restitution verheißt, erscheint diese natürlich, wenn nichts Besonderes darüber bestimmt ist, an das allgemeine tempus restitutionis gebunden, man müßte denn ein solches mit Schroeter l. l. p. 4—8. überhaupt läugnen. — Andere knüpfen diese Restitution an die zwanzigjährige Criminalverjahrung des dabei verübten Falsum. Wenn man sich deshalb wie z. B. Heffter Civ.-Proc. §. 471. Not. 42. auf L. un. C. de sent. adv. fisc. 10. 9. beruft, so übersieht man, daß hier von einem singulären Vorrechte des Fiscus die Rede ist, das der zwanzigjährigen Präscription dazu nicht einmal unterliegt. L. 1. §. 5. D. de iur. fisc. 49. 14. Dagegen enthält das canonische Recht in der That diese Bestimmung c. 6. X. de except. 2. 25. vgl. v. Linde a. a. O. p. 728. 729. — Daß für den Fall sub Nro. 1. schon nach Römischem Recht, für den sub Nro. 2. nach Deutschem Gerichtsgebrauch das quadriennium restitutionis gilt, unterliegt keinem Zweifel. — Ebenso scheint festzustehen, daß in diesem Falle der Beginn der Verjährungsfrist erst von der Auffindung der nova an zu berechnen sei, und nur, wenn sie schon vorher bekannt waren, von der Rechtskraft des Urtheils. Vgl. die Citate in Not. 539.

wenden sein. Die Verjährungszeit läuft demnach von der Zeit des Erkenntnisses an, welches die Quelle der Verletzung ist; und es darf nicht als Regel aufgestellt werden, daß die Verletzung erst zu laufen anfange, wenn der Verletzte die Urkunden entdeckt hat, auf deren Grund er die in integrum restitutio nachsuchen will. Doch mag man mit Recht behaupten, daß in einem Falle, wo außerordentliche Umstände die Entdeckung verhindert haben (z. B. eine List des Gegners), die Verjährung nicht eher den Anfang nehmen könne, als bis diese Umstände sich geändert haben. Was insbesondere die in integrum restitutio gegen ein auf falsche Beweise gegründetes Erkenntniß anbetrifft, so wäre ich jedoch geneigt, die Behauptung aufzustellen, daß die Verjährungszeit nicht eher anfange zu laufen, als bis die Fälschung durch Urtheil und Recht anerkannt worden ist [539]).

Ein eigenthümliches der in integrum restitutio vergleichbares Rechtsmittel gegen Erkenntnisse — die in duplum revocatio *) — kennen wir aus den sententiae des Paulus (V. 5. A. §. 5—8.) und aus einem in den Codex Gregorianus (X. 1.) aufgenommenen Antwortschreiben des Kaisers Alexander, welches uns erhalten worden ist, obgleich es in dem Westgothischen Auszuge fehlt **). (Schulting ändert in diesen Stellen

539) Andeutungen finde ich in folgenden Stellen: Pauli S. R. V. 5. A. §. 10. „Falsis instrumentis religione iudicis circumducta, si iam dicta sententia prius de crimine admisso constiterit, eius causae instauratio iure deposcitur.“ L. 2. C. si ex falsis instrum. 7. 58. „Et qui non provocaverunt, si instrumentis falsis se victos esse probare possunt, *cum de crimine docuerint*, ex integro de causa audiuntur.“ L. 4. ibid. „Iudicati exsecutio solet suspendi et soluti dari repetitio, si falsis instrumentis circumventam esse religionem iudicantis, *crimine postea falsi illato*, manifestis probationibus fuerit ostensum.“ [Vgl. v. Linde a. a. O. p. 729—732. Heffter §. 471. Heimbach p. 373. 374.]

*) Vgl. Zimmern a. a. O. §. 168. p. 499. 500. Sell Jahrb. II. p. 233 ff. Puchta Inst. §. 181. med. Rudorff Zeitschr. f. gesch. R.-W. Bd. XIV. p. 311—320. Keller Civ.-Proc. §. 82. i. Anf. — Einig ist man jetzt darüber, daß die in duplum revocatio eine Art Nichtigkeitsbeschwerde ist, welche die Existenz eines gültigen Urtheils überhaupt in Abrede stellt. Zweifelhaft bleibt es dagegen, ob sie jenen Namen nur bei einer offensiven Anfechtung durch den Unterliegenden führte, oder auch dann, wenn er die Nichtigkeit exceptivisch gegen die actio iudicati vorschützte.

**) Vgl. auch L. 1. pr. D. quae sent. sin. app. 49. 8. L. 4. C. quom. et quand. 7. 43.

die Lesart, indem er für „in duplum revocare" setzt „in dubium revocare;" seine Gründe sind aber ganz ungenügend) [539a]. Wir wissen von den Eigenthümlichkeiten dieser in duplum revocatio wenig zu sagen; merkwürdig aber ist es, daß nur eine zehn- oder zwanzigjährige Verjährung ihr entgegen gesetzt werden konnte (Pauli S. R. V. 5. A. §. 8.). Im Justinianischen Rechte wird sie nicht weiter erwähnt [540]. Insbesondere ist auch von der zehn- und zwanzigjährigen Verjährung gegen die Anfechtung eines auf einem Rechnungsfehler beruhenden Urtheils, welche bei Paulus (S. R. V. 5. A. §. 11.) vorkommt, nicht weiter die Rede; man wird also, wenn nach Justinianischem Rechte zu entscheiden ist, auch bei der gegen ein Erkenntniß wegen Rechnungsfehlers zu ergreifenden Rechtshülfe das zunächst liegende Recht der in integrum restitutio in Anwendung zu bringen, und dem gemäß die vierjährige Zeitfrist anzunehmen haben*). ⊕Dagegen kommt ein Recht der retractatio in Sachen, wo gegen den Fiscus gesprochen ist, noch im Justinianischen Codex vor L. un. C. de sent. adv. fisc. 10. 9. Dieses Recht ist auf drei Jahre beschränkt.⊕ [Die Praxis hat jedoch auch hier das quadriennium gestattet. Heffter a. a. O. §. 471. Not. 41.]

539a) Ob Cic. pro Flacc. c. 21. „ut si iudicatum negaret, in duplum iret" von der hier erwähnten in duplum revocatio spricht, dürfte sehr zweifelhaft sein; denn es ist höchst unwahrscheinlich, daß dieses Recht der Abläugnung auf longum tempus sollte beschränkt gewesen sein, wie das in duplum revocare. Wahrscheinlich ist Cicero ganz einfach von der Verurtheilung auf das Doppelte zu verstehen, welche als Strafe des Läugnens bei der iudicati actio eintritt. [vgl. Puchta Inst. §. 179 d. Rudorff a. a. O. p. 315 f.].

540) Wir können natürlich nicht genau angeben, ob nicht einige von den Stellen, welche so eben auf die in integrum restitutio bezogen worden sind, ursprünglich von der in duplum revocatio gehandelt haben. Die von Justinian beauftragten Sammler könnten auch wohl geändert haben, da es gewiß als entschieden angenommen war, daß die in duplum revocatio in den Justinianischen Rechtsbüchern nicht weiter erwähnt werden sollte. Wie dem auch sei, so glaube ich, daß wir nicht umhin können, die angeführten Stellen, so wie sie im Justinianischen Rechte vor uns liegen, auf die in integrum restitutio zu beziehen.

*) S. jedoch L. 1. §. 1. D. de sent. q. sine app. 49. 8. L. un. C. de error. calc. 2. 5. Zimmern a. a. O. p. 501. Not. 12. Heffter a. a. O. §. 268. 485.

II.

Verjährung der Einreden.*)

§. 156.

Bei dem Rechte der Einreden (exceptiones) kann man unterscheiden: 1) Einreden, welche das im Streit befindliche Recht selbst betreffen, und 2) Einreden, welche die Art und Weise der Rechtsverfolgung (z. B. das einzelne Gericht) oder die Beweismittel betreffen, deren sich der Gegner bedient, wie es bei der nicht erhaltenen Zahlung (exceptio non numeratae pecuniae) der Fall ist. — Was die Einreden der ersten Art angeht, so können diese gegen klagbare Ansprüche geltend gemacht werden (eigentliche Einreden), oder sie werden den Einreden entgegen gestellt (Gegeneinreden, replicationes), oder zur Beseitigung der Gegeneinreden gebraucht (Gegeneinreden des zweiten Grades, duplicationes). Wichtiger noch ist ein anderer Unterschied. Das Recht, welches der Einrede zum Grunde liegt, ist nämlich entweder ein reines Einrederecht, welches seiner Natur nach bloß durch eine Einrede geltend zu machen, und nicht durch eine Klage zu verfolgen ist, oder es ist ein Recht, welches sonst auch durch eine Klage geltend gemacht, und nur zufällig als Einrede gebraucht wird**). Beispiele der ersten Art sind die Berufung auf einen Verzichtleistungs- oder Stundungsvertrag (pacti exceptio), die Berufung auf einen Befreiungseid (iurisiurandi exceptio) oder auf ein lossprechendes Urtheil (rei iudi-

---

*) Vgl. bes. Pfeiffer Pract. Ausf. Bd. III. Nro. 3. p. 73—82. Bd. VII. Nro. 9. p. 313—330. Büchel Civilrechtl. Erört. Bd. I. Aufl. 2. Marb. 1847. p. 8—23. 90 ff. 99 ff. 118. Heimbach in Weiske's R.-Lex. Bd. III. p. 700—702. v. Savigny Syst. Bd. V. p. 413—437. Sintenis Civ.-R. Bd. I. §. 32. p. 323—325.

**) Man hat diese wohl „abgeleitete Einreden" genannt z. B. Heimbach a. a. O. p. 700. Eine dritte Klasse von Fällen fügt v. Savigny a. a. O. p. 427—429. hinzu: Klagen ohne Exception. Wer nach Ablauf der Klagverjährung noch das Fortbestehen einer naturalis obligatio annehme, müsse hier auch perpetuierlich eine Einrede zulassen, und ebenso natürlich da, wo neben der Einrede eine Klage hergieng. Dagegen folgt aus der gegentheiligen Ansicht über die Wirkung der Klagverjährung hier nicht umgekehrt die Unzulässigkeit der Einrede, da man diese auch von vorn herein als ein selbständiges Recht betrachten kann. v. Savigny a. a. O. p. 424.

catae exceptio), die Berufung auf eine befreiende Verjährung (temporalis exceptio). Man kann noch hinzufügen die Einrede der bereits geschehenen Erfüllung (exceptio solutionis), der eingetretenen Gegenrechnung (exc. compensationis) u. d. gl.; dann aber muß man den Begriff der Einrede über die Grenzen des Römischen Sprachgebrauchs hinaus erweitern. Eine Einrede im Römischen Sinne ist nämlich nur alsdann anzunehmen, wenn der Verklagte das Recht des Klägers an sich nicht bestreitet, aber sich auf anderweitige Umstände beruft, welche der Geltendmachung jenes Rechts in den Weg treten; während im neuern Sprachgebrauche der Begriff der Einrede Alles umfaßt, was der Verklagte vorbringt, um das Klagerecht des Gegners zu entkräften, insoferne es nicht bloß in einer Abläugnung der von dem Kläger vorgebrachten Thatsachen oder in einer Bestreitung seines Rechtsgrundes besteht. — Beispiele der letzten Art sind die Berufung auf Eigenthum (exceptio dominii), die Berufung auf Gegenansprüche (l. 18. §. ult. D. comm. 13. 6.), und die Berufung auf Zwang (quod metus causa exceptio).

Diese vorläufigen Begriffsbestimmungen schienen nöthig, um eine gründliche Untersuchung über die bei den Neueren gewöhnlich ohne Unterscheidung aufgestellte Regel „Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua“ dadurch einzuleiten.

§. 157.

Einreden, welche gegen das Recht selbst gerichtet sind, welches verfolgt wird, und auf einem reinen Einrederechte beruhen, sind unverjährbar. Dieß gilt nicht nur von denjenigen Einreden, welche bloß im neueren Sprachgebrauche so genannt werden (vgl. §. 156.), bei welchen es ohnehin völlig verkehrt wäre, von einer Verjährung derselben zu sprechen, indem dadurch z. B. ein Wiederaufleben des erloschenen Rechts durch die Verjährung herbeigeführt würde, sondern auch bei denjenigen, welche im eigentlichen Sinne den Namen der Einreden verdienen. Es paßt hier ganz und gar, was Paulus in der l. 5. §. ult. D. de doli mali exc. 44. 4. von der doli exceptio sagt. Dort heißt es:

„Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est. Nam haec perpetuo com-

petit, cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo iure, *is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.*"

Man wird zwar einwenden, die doli exceptio, bei welcher der Grundsatz der Unverjährbarkeit aufgestellt wird, sei kein reines Einrederecht, weil ja in Folge des dolus auch ein Klagerecht begründet ist, woraus zugleich weiter gefolgert wird, daß der am Schlusse der Stelle zur Rechtfertigung der Unverjährbarkeit angeführte Grund („cum .... is, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur") nicht so ganz streng zu nehmen sei*). Allein die doli actio findet bekanntlich nur aushülfsweise Statt, und ist namentlich ausgeschlossen, wenn dem Verletzten eine Einrede zu Gebote steht. L. 1. §. 4. D. de d. m. 4. 3. Ueber die scheinbar entgegenstehende l. 20. §. 1. D. ib. sehe man die verschiedenen Erklärungsversuche bei Glück, Erl. d. Pand. Bd. 5. S. 519. Anm. 9., denen ein neuer von J. F. J. Sommer, rechtswiss. Unters. S. 35. 36., beizufügen ist. So lange also derjenige, welcher durch den dolus gelitten hat, von der doli exceptio Hülfe erwarten kann, weil die Lage der Dinge so steht, daß erst gegen ihn geklagt werden muß, ehe er den erlittenen Verlust wirklich empfindet, so lange wird die doli actio gar nicht als begründet angesehen werden können. Daraus folgt denn aber, daß die doli exceptio keineswegs als ein aus der doli actio abgeleitetes, sondern im Gegentheile als ein reines Einrederecht anzusehen ist. Ganz richtig wird daher von der gegen die pacti exceptio anzuwendenden doli replicatio in l. 6. C. de exc. 8. 36. gesagt, sie finde „sine praefinitione temporis" Statt.

Bei Kori (Verj. S. 90.), finde ich die Behauptung, daß heut zu Tage die Unverjährbarkeit der Einreden wegfalle, weil

---

*) Dieser Einwand ist in der That begründet; der Benachtheiligte hat eine unverjährbare in factum actio auf die Bereicherung des Betrügers, und gerade so weit reicht der durch die exceptio ihm gewährte Schutz. L. 28. 29. D. de dol. mal. 4. 3. v. Savigny a. a. O. p. 430 f. Eben weil die actio in factum nicht an die Verjährungszeit der actio doli gebunden ist, kann diese Stelle aber auch nicht für die Ansicht angeführt werden, daß selbst die Einreden, neben denen ein analoges Klagrecht existierte, der Verjährung nicht unterliegen. v. Savigny a. a. O. p. 431. 432. Ganz dasselbe gilt von L. 6. C. de exc. In der Begründung, die Paulus seiner Entscheidung giebt, liegt freilich eine Unterstützung der die Verjährung der Einreden läugnenden Meinung.

der Gebrauch der provocatio ex lege si contendat ein Mittel an die Hand gebe, den Gegner zur Klage zu nöthigen. Allein da man von jeher das Recht der Herausfoderung zur Klage als Nothhülfe anerkannt hat, so wäre es seltsam, wenn man die Einreden der Verjährung unterwerfen wollte, um die Nothhülfe nothwendig zu machen.

§. 158.

Daß auch diejenigen Einreden, welche aus einem vorhandenen Klagerechte abgeleitet sind, und nur zufällig und aus Gründen einer besonderen Billigkeit als Einreden geltend gemacht werden, unverjährbar seien, während die Klagerechte, auf denen sie beruhen, einer Verjährung unterliegen, wird zwar von angesehenen Rechtsgelehrten behauptet, ich zweifle aber sehr an der Natürlichkeit dieser Lehre [541]). Zunächst ist so viel gewiß, daß der Grund, aus welchem in der l. 5. §. ult. D. de dol. mal. exc. (vgl. den vorigen §.) die Einrede der Gewissenlosigkeit (doli exceptio) für unverjährbar erklärt ist (cum .... is, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur"), nicht auf Einreden paßt, denen die Berufung auf ein klagbares Recht zum Grunde liegt. Freilich hieng es auch hier nicht von ihm ab, den Gegner zur Klage zu zwingen, aber dieses entschuldigt ihn nicht, wenn er es unterlassen hat, seinerseits als Kläger aufzutreten und sein klagbares Recht zu verfolgen [542]). So-

---

541) Gegen mich sind unter Andern H. Donellus (comm. iur. civ. XXII. 2. in fine), A. D. Weber (Beitr. z. d. Lehre v. d. gerichtl. Klagen und Einreden, S. 21—27.), Glück (Erl. d. Pand. Th. 5. S. 446 fgg.), Thibaut (Bes. u. Verj. S. 151) [und v. Savigny]. Unter denjenigen, welche für mich sind, dürfte vorzugsweise J. F. J. Sommer anzuführen sein, in dessen rechtswissenschaftlichen Abhandlungen (Gießen, 1818. 8.) ein recht gründlicher Aufsatz über die Verjährbarkeit der Einreden (S. 1—56.) vorkommt. ♁Auch J. A. Seuffert Beitr. z. Lösung einiger Röm.-rechtl. Controv. (Würzburger Programm v. J. 1824.) p. 9 ff. ist für die Verjährbarkeit der aus einer Klage abgeleiteten Einreden.♁ [Ferner Pfeiffer, Heimbach und Sintenis. Weitere Nachweisungen s. bei v. Savigny a. a. O. p. 436. Brinz Pand. p. 171. nimmt wenigstens da eine Verjährung der exceptio an, wo diese „eine bloße Folge des Klagrechtes" ist, erkennt diesen Causalnexus aber nicht in jedem Nebeneinanderbestehen von actio- und exceptio vgl. auch Keller Civ.-Proc. §. 93. Not. 1167. Seuffert Arch. I. 159. VII. 145.].

542) Ich muß hier bemerken, daß die doli exceptio, selbst wenn man sie als eine abgeleitete (d. h. auf dem Rechte der doli actio beruhende) Ein-

dann ist nicht minder gewiß, daß die l. 5. C. de exc. 8. 36., auf welche auch wohl Bezug genommen wird, für die Unverjährbarkeit solcher abgeleiteter Einreden nichts beweist. In dieser Stelle entscheiden Diocletian und Maximian, daß ein Vertriebener, obgleich er das interdictum de vi nur binnen Jahresfrist anstellen könne (wovon §. 278.), dennoch durch eine bleibende Einrede (perpetua exceptio) geschützt werde, wenn er späterhin wieder zum Besitze gelangt ist. [Diese bleibende Einrede ist offenbar die exceptio violentae possessionis, welche dem von dem Widersacher angestellten interdictum uti possidetis entgegengesetzt wird. L. 1. pr. §. 5. D. uti poss. 43. 17. Allein diese Einrede bezweckt nur, eine ungerechte Bereicherung des Klägers abzuwehren, und eben darum steht dem Vertriebenen ex causa interdicti auch eine unverjährbare actio in factum zu. L. 1. pr. §. 48. L. 3. §. 1. D. de vi 43. 16.]*). Endlich kann ich es auch nicht für entscheidend halten, wenn Weber (Beitr. z. d. Lehre v. d. Kl. u. Einr. S. 24.) darauf aufmerksam macht, daß ja durch die Aufhebung einer Klage mittelst Verjährung noch nicht das Recht selbst ausgeschlossen werde, daß also wegen des an sich nicht aufgehobenen Rechts allerdings eine Einrede Statt finden müsse. Ich bemerke dagegen: 1) Wenn das

---

rede betrachten wollte (was nach den Bemerkungen, die im vorigen §. gemacht worden sind, gar nicht angeht), dennoch nicht auf einen annus utilis beschränkt werden könnte. Die Betrugsklage ist nämlich keinesweges in die engen Gränzen des annus utilis eingeschlossen, wenn es darum zu thun ist, einen widerrechtlichen Gewinn zu entreißen; hier war von jeher eine unbenannte persönliche Klage (in factum actio) auch noch nach Jahresfrist zulässig (vgl. §. 281.). Wer sieht nun aber nicht ein, daß derjenige, welcher in der Lage ist, von einer Einrede Gebrauch zu machen, allemal dem Kläger einen widerrechtlichen Gewinn streitig macht? ⸎ Dem steht nicht entgegen L. 30. §. 6. D. de pecul. 15. 1., denn sie spricht nicht von der doli exceptio, sondern von der actio de peculio, welche da, wo dolo malo factum est, quominus in peculio esset, zwar über den wirklichen Betrag des Sonderguts hinausreicht, (L. 21. pr. D. eod.) aber nicht „post tempus de dolo actionis." ⸎ [Gegen die abweichende Erklärung von Büchel a. a. O. p. 14. s. v. Savigny a. a. O. p. 432 Not. f.]

*) Vgl. v. Savigny a. a. O. p. 433 ff. Ein Irrthum war es, wenn der Verf. in der ersten Auflage an eine exceptio dominii dachte, welche der Vertriebene, da er in Folge der Gewaltthätigkeit das Eigenthum des Dejicienten erhalte, diesem opponieren könne. Erst durch Valentinian II. i. J. 389. ist in L. 7. C. unde vi 8. 4. jene Strafe auf die vis gesetzt worden.

Recht, worauf die Einrede sich stützt, durch Verjährung geradezu aufgehoben wird, so wird man natürlich zugeben müssen, daß von einer Einrede nun nicht weiter die Rede sein könne. So kann also namentlich auf ein durch Verjährung verloren gegangenes Eigenthum keine Einrede gegründet werden[543]). Wie aber, wenn die Verjährung nur vermittelst einer Einrede (temporalis praescriptio) sich wirksam zeigt? Auch hier finde ich es der Billigkeit und den Rechtsgrundsätzen gemäß, daß die Verjährung auf die Wirksamkeit der Einrede Einfluß habe. Es ist der Billigkeit gemäß; denn wenn in Folge einer den gesunden Menschenverstand ansprechenden Rechtsansicht (aequitas) die Berufung auf ein klagbares Recht als eine gültige Einrede anerkannt ist, so braucht darum keineswegs die Berufung auf ein klaglos gewordenes Recht ebenfalls als zulässig zu erscheinen. Es ist ferner den Rechtsgrundsätzen gemäß, denn die l. 1. D. de exc. 44. 1. sagt „reus in exceptione actor est." So wie also die Verjährungseinreden (temporales exceptiones) gegen den Kläger gebraucht werden können, so müssen sie auch als Gegeneinreden (replicationes) wider ihn brauchbar sein, wenn er sich im Wege der Einrede auf ein Recht berufen hat, dem eine Verjährungseinrede entgegen steht[544]). Nur wenn ganz ausdrückliche entgegenstehende Bestimmungen eine Ausnahme rechtfertigten, ließe sich das Gegentheil behaupten. 2) Die l. 9. §. 4. D. de iurei. 12. 2. sagt: Wenn ein Minderjähriger es auf den Eid habe ankommen lassen, so könne er, wenn der Gegner seiner Klage die Berufung auf den Eid (exceptio iurisiurandi) entgegenstelle, nur unter der Voraussetzung sich dagegen auf das Recht der in integrum restitutio berufen, wenn nicht

---

543) Die l. 57. D. mand. 17. 1. liefert dafür sogar einen ausdrücklichen Beweis. Nur in Folge einer in integrum restitutio läßt diese Stelle eine Berufung auf verjährtes Eigenthum als zulässige Einrede gelten. Ich lese nämlich „non inutiliter acturum;" denn die Basiliken (lib. XIV. tit. 1. l. 58. bei Fabrot, T. II. p. 160.) haben καλῶς. Vgl Cuiac. ad Papin. resp. lib. 10. ed. Neap. Tom. IV. pag. 1260—62.; Iauch de negation. Digest. cap. 16. pag. 248.; Sammet opusc. pag. 140.

544) Die l. 2. §. 1. D. de exc. 44. 1. sagt „Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt..." und in l. 22. §. 1. D. ib. heißt es „Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio."

die Zeit der in integrum restitutio abgelaufen ist[545]). Dieses ist auch ganz in der Ordnung. Das Recht der in integrum restitutio wird hier als Gegeneinrede (replicatio) gebraucht. Dieser Umstand schließt aber die Verjährung nicht aus; diese kann vielmehr vermittelst einer zweiten Gegeneinrede (duplicatio) geltend gemacht werden. Diese Entscheidung schließt sich nun bei der von mir aufgestellten Ansicht ganz einfach an den Grundsatz an, daß die Rechte, auch wenn sie vertheidigungsweise gebraucht werden, den Verjährungseinreden unterworfen sind; ein Grundsatz, welcher bei der den Minderjährigen verliehenen Befugniß der in integrum restitutio um so gewisser Anwendung finden muß, als dieselbe allenthalben ganz unumwunden an die bestimmte Verjährungszeit geknüpft wird, ohne daß im geringsten ein Unterschied angedeutet würde zwischen dem Falle, wo der Minderjährige einen klageähnlichen Antrag machen muß, und zwischen dem Falle, wo es ihm genügen kann, vertheidigungsweise zu Werke zu gehen (l. 24. §. 5. D. de min. 4. 4.; l. 3. 4. C. de i. i. r. min. 2. 22. Vgl. Sommer, rechtswissensch. Abhdlgen, §. 29—31.). Diejenigen, welche diesen Grundsatz läugnen, sind natürlich zu einer andern Erklärung dieser Stelle gezwungen. In der That bietet sich eine solche dar, die keinesweges unnatürlich genannt werden mag. Man unterscheidet nämlich zwischen Einreden (exceptiones) und Gegeneinreden (replicationes). Als Einrede, sagt man, kann auch ein Recht, dem eine Verjährungseinrede entgegen steht, geltend gemacht werden, nicht aber als Gegeneinrede. Denn die Gegeneinrede soll mittelbar das Klagerecht befestigen, und ist also nur scheinbar eine Vertheidigung. Daß in der l. 9. §. 4. cit. der Ausdruck exceptio geradezu für replicatio gebraucht wird (vgl. Anm. 545.), scheint freilich mit dieser Wichtigkeit, welche dem Unterschiede beigelegt wird, nicht recht zu stimmen. Auch die l. 6. C. de exc. 8. 36., von welcher im vorigen §. die Rede gewesen ist, muß mit einigen Schwierigkeiten erklärt werden (vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 5. S. 450.), wenn man, der gewöhnlichen Lehre folgend, die Gegeneinrede allgemein, und ohne in die

545) Wenn die Stelle sagt „Praeterea *exceptio* ista ... statutum tempus post annum XXV. non debet egredi," so ist klar, daß hier unter exceptio die replicatio zu verstehen ist.

von mir aufgestellten Unterscheidungen einzugehen, der Verjährung unterwerfen will*).

§. 159.

Damit man mir aber nicht ungehörige Anwendungen des im vorigen §. begründeten Satzes unterschiebe, dürfte es gerathen sein, einige Fälle durchzugehen, die sich der Anwendung mit Recht oder Unrecht darbieten**). 1) Wenn ein Minderjähriger sich durch ein Rechtsgeschäft verbindlich gemacht hat, und er zur Vertheidigung gegen eine aus diesem Rechtsgeschäfte wider ihn angestellte Klage auf in integrum restitutio Anspruch macht, so darf die der in integrum restitutio vorgeschriebene Verjährungsfrist nicht verstrichen sein, indem dieser Umstand eine Gegeneinrede begründen müßte (vgl. §. 158.). 2) Ist ein Kauf so abgeschlossen, daß der Käufer das Kaufgeld erst nach zwei Jahren entrichten, die gekaufte Sache aber sofort abgeliefert erhalten soll, so verjährt die Foderung wegen des Kaufgeldes mit dem Ablaufe des zwei und dreißigsten Jahres, während die Forderung des Käufers schon mit dem Ablaufe des dreißigsten Jahres ihre Klagbarkeit verliert (vgl. §. 260.). Wenn nun nach dreißig Jahren auf Bezahlung des Kaufgeldes geklagt, und die Einrede des unerfüllten Vertrags entgegen gestellt wird, so ist als Gegeneinrede die Berufung auf die dreißigjährige Verjährung begründet. 3) Wenn eine

*) Wegen L. 6. C. cit. vgl. oben p. 23. Not. *). L. 9. §. 4. D. cit. redet aber gar nicht von Verjährung einer Einrede, sondern von Verjährung des Gesuches um Restitution einer Einrede. vgl. Burchardi a. a. O. p. 496—499. Büchel a. a. O. p. 22. 23. v. Savigny p. 432. Not. f. Sintenis a. a. O. p. 325. 326. i. d. Anm. Eine vielleicht durch die mögliche Verbindung des iudicium rescindens mit dem rescissorium veranlaßte Begriffsverwechselung ist es, wenn Pfeiffer a. a. O. Bd. 7. p. 317. die Verjährung des Restitutionsgesuches eine Exceptionsverjährung nennt. vgl. noch v. Savigny Syst. Bd. VII. p. 242—244. Seuffert Pand. §. 33. Not. 5.

**) Vgl. hierzu v. Savigny a. a. O. p. 421—423. Der Fall des Verf. sub Nro. 2. (bei Savigny Nro. 1.) und 3. (bei Savigny Nro. 2.) erledigt sich, glaube ich, durch die Erwägung, daß die actio venditi schon ipso iure dem Kläger nur so weit zusteht, als sie in der bona fides begründet ist, und deshalb es einer besonderen exceptio hier erst gar nicht bedarf. Unzutreffend ist jedenfalls die Verweisung von Sintenis auf L. 13. pr. D. de A. E. V. vgl. näml. H. Keller in Sell's Jahrb. III. p. 162 ff. Dieß scheint auch Brinz Pand. I. p. 171. zu übersehen.

mit einem Mangel behaftete Sache verkauft worden ist, und zwar unter Umständen, welche die Rückgabe (redhibitio) nur innerhalb einer kurzen Verjährungsfrist zulassen, so kann der Verkäufer, wenn er nach dieser Zeit auf das Kaufgeld klagt, und ihm auf dem Wege der Einrede die Rückgabe der mangelhaften Sache angeboten wird, vermittelst einer Gegeneinrede dieses Anerbieten ablehnen[546]. 4) Unrichtig ist die Behauptung Sommer's (a. a. O. S. 43—47.), daß der unrechtmäßig enterbte Notherbe nach Ablauf von fünf Jahren nicht mehr befugt sei, die Rücksichtslosigkeit des letzten Willens als Einrede geltend zu machen. Die inofficiosi querela läßt sich ja nicht denken, so lange kein Gegner vorhanden ist. Wenn also nach dem Tode des Erblassers der Notherbe zum ruhigen Besitze der Erbschaft gelassen wird, und der eingesetzte Erbe erst nach fünf Jahren auftritt, so kann natürlich die inofficiosi querela auf dem Wege der Einrede durchgesetzt werden, ohne daß die fünfjährige Verjährung als Gegeneinrede wirksam sein könnte. Die l. 8. §. 13. D. de inoff. test. 5. 2. würde sehr mit Unrecht zum Beweise des Gegentheils angeführt werden*). 5) Ein ähnlicher Fall wäre folgender. Jemand hat während einer Zeit, da es ihm nicht möglich war, sein Recht in Ansehung einer in fremdem Besitze befindlichen Sache zu wahren, durch den Ablauf der Ersitzung einen rechtlichen Nachtheil erlitten, so daß ein Anspruch auf in integrum restitutio für ihn begründet ist, der aber freilich auf eine eigenthümliche Verjährungsfrist beschränkt wird. Wenn nun vor dem Ablaufe dieser Verjährungszeit derjenige, welcher durch die Ersitzung gelitten hatte, wieder zum Besitze des für ihn verlorenen Eigenthums gelangt, so kann er sich gegen die Eigenthumsansprüche des Ersitzenden auch noch nach Ablauf der Verjährungszeit auf die in integrum restitutio berufen; denn wie hätte er, während er im Besitze der Sache

546) Im Arch. f. civ. Prax. (Bd. VI. S. 96.) hatte ich selbst noch eine andere Ansicht vorgetragen. Bei Sommer (a. a. O. S. 49.) findet sich die Ansicht, die ich jetzt für die richtige halte.

*) Zumal die Stelle nur das einredeweise Vorbringen der querela hervorhebt, von der Zeit, innerhalb deren dieß möglich ist, aber ganz schweigt. Büchel a. a. O. p. 118. beruft sich dagegen auf L. 23. §. 2. D. eod; jedoch auch hier wird das Klagrecht des exheredatus bloß dem eingesetzten Erben gegenüber betrachtet, so daß der exceptio zu erwähnen, welche der zweite enterbte Sohn gegen seinen Bruder hat, gar kein Anlaß vorliegt.

war, sich veranlaßt finden sollen, einen Antrag auf in integrum restitutio zu erheben?*) 6) Anders gestaltet sich der Fall, wenn der Besitz erst nach Ablauf der für die in integrum restitutio vorgeschriebenen Verjährungszeit an den alten Eigenthümer zurückgekommen ist. Klagt hier derjenige, welcher durch Ersitzung Eigenthümer geworden ist, und der alte Eigenthümer will vermittelst einer Einrede die in integrum restitutio für sich in Anspruch nehmen, so kann ihm als Gegeneinrede die bereits abgelaufene Verjährung entgegengehalten werden.

§. 160.

Ich komme zu den Einreden, welche nicht das Recht des Gegners unmittelbar, sondern nur den Gang der Rechtsverfolgung oder die Beweismittel betreffen. Diese Einreden sind in der Regel an keine Verjährungsfrist gebunden, und nur die Einrede gegen Empfangsbescheinigungen (*exceptio non numeratae pecuniae*)**) bildet eine sehr bekannte Ausnahme. Es ist hier nicht der Ort, die vielen Streitfragen zu erörtern, zu welchen die Lehre von der Einrede gegen Empfangsbescheinigungen Veranlassung gegeben hat; auch habe ich meine Ansicht bereits in einem ausführlichen Aufsatze (im Arch. f. civ. Prax. Bd. 7. S. 1—59.) ausgesprochen. Es wird demnach als bekannt vorausgesetzt, in welchem Umfange und unter welchen Beschränkungen diese Einrede gebraucht werden kann. Auch will ich keineswegs die Gründe noch einmal entwickeln, welche mich bewegen, anzunehmen, daß nach Ablauf der für diese Einreden bestimmten Verjährungsfristen dem Aussteller einer Urkunde nur das besondere Recht entzogen wird, zufolge dessen er nichts weiter zu thun braucht, als den Empfang abzuläugnen, und dann zu erwarten, daß der Inhaber der Urkunde die Ablieferung anderweitig erweise; daß aber demungeachtet dem Aussteller der Urkunde unbenommen bleibt, die Richtigkeit der Empfangsbescheinigung anzufechten, wenn er anders im Stande ist, die

) S. dagegen p. 28. Not.).

**) Vgl. Reinhardt verm. Auff. H. I. Stuttg. 1822. p. 48—55. Des Verf. Schuldverh. Bd. I. §. 36. 37. Die sonstige neuere Litteratur s. bei Heimbach Die Lehre vom Creditum Lpzg. 1849. p. 633 ff. und v. Vangerow Pand. §. 167. Anm.

"zulässigen" Beweise dafür beizubringen (vgl. den angeführten Aufsatz §. 6. Schuldverh. I. §. 37. Nro. 9.)*). Was nun aber das bei der Einrede gegen Empfangsbescheinigungen geltende Verjährungsrecht anbelangt, so wissen wir, daß vor den durch Justinian in dieser Lehre vorgenommenen Aenderungen eine fünfjährige Frist vorgeschrieben war[547]). Im Justinianischen Rechte ist folgendes bestimmt.

---

*) Für den Verf. ist entschieden die Praxis vgl. z. B. v. d. Nahmer Entscheid. d. O. A. G. zu Wiesbaden II. Nro. 18. Seuffert Arch. VI. 179. VII. 169. VIII. 250. aber auch namhafte Theoretiker wie Puchta Pand. §. 305. Vorl. ebend. Arndts Pand. §. 281. Anm. 7. Seuffert Pand. §. 311. a. E. dagegen Sintenis in Sell's Jahrb. I. p. 307. Gneist Die formellen Vertr. d. Röm. Obl. R. Berl. 1845. p. 89 ff. Heimbach a. a. O. p. 669 f. u. A. m. Jedenfalls ist der Gegenbeweis (durch Urkunden) zulässig, wo die exc. von Anfang an nicht zustand, d. h. bei allen Bekenntnissen einer Schuld ex antecedente causa (L. 25. §. 4. D. de prob. 22. 3. L. 13. C. h. t.) und den in L. 14. §. 1. C. cit. namhaft gemachten Fällen s. Gneist a. a. O. p. 95. — Wegen des Scholion des Theodorus zu L. 10. C. eod. (Heimb. Basil. II. p. 661.) vgl. Gneist p. 94 ff. Heimbach p. 676 ff.

547) L. 1. Herm. Cod. de cauta et n. num. pec. (tit. 1.). „Aurelius Alexio. Ex cautione (*lege:* exceptionem) non numeratae pecuniae non anni, sed quinquennii spatio deficere, nuper censuimus." Hieraus sehen wir, daß die fünfjährige Frist an die Stelle einer Jahresfrist getreten ist, welche früher gegolten hatte. Es ist kaum zu bezweifeln, daß das quinquennium ein continuum ist, während der annus ein annus utilis war; dann wäre hier auf ähnliche Weise das tempus utile in ein continuum verwandelt worden, wie bei den Fristen der in integrum restitutio, bei welcher doch auch eine Zeit lang, wenigstens in Rom, an die Stelle des annus utilis ein quinquennium continuum getreten war (vgl. §. 151.). Ob der Kaiser Aurelius, der in der Ueberschrift genannt wird, der Kaiser Diocletian oder der Kaiser Alexander Severus ist? Man vergleiche, was Glück (Erl. d. Pand. Th. 12. S. 101. Anm. 50.) darüber anführt. Wie man ursprünglich dazu gekommen ist, die Einwendung gegen eine Empfangsbescheinigung auf eine Jahresfrist zu beschränken, läßt sich nicht angeben. Sollte das prätorische Edict eine Bestimmung darüber enthalten haben? Es mag sein; aber gewiß ist, daß keine Spur hat nachgewiesen werden können. Oder hat man das Recht der exc. n. n. p. als eine in integrum restitutio betrachtet, und deswegen die für diese geltende Verjährungsfrist anwenden zu dürfen geglaubt, ohne daß diese Anwendung durch eine besondere Stelle des Edicts ausgesprochen gewesen wäre? Oder ist diese Anwendung durch kaiserliche Verfügungen vermittelt worden? Ich lasse diese Fragen, wie billig, unentschieden, und bemerke nur, daß die Anm. 32. meines Aufsatzes im Arch. f. civ. Prax. (Bd. VII. S. 39.) gelöscht werden muß, indem sie zum Theil geradezu verschrieben ist, und auch sonst Unrichtigkeiten enthält.

I. Wenn Schuldverschreibungen in Beziehung auf den Empfang einer Geldsumme oder einer andern Sache ausgestellt sind*), so kann die exc. n. n. pec. innerhalb einer doppelten Jahresfrist (biennium) gebraucht werden; daß diese Frist ein tempus continuum ist, wird ausdrücklich gesagt (l. 14. pr. C. de n. n. pec. 4. 30.).

II. Gegen Zahlungsscheine (Quittungen)**) kann die exc. n. n. pec. nur innerhalb Monatsfrist (intra triginta dies) Statt finden. Daß diese Frist ein tempus continuum sei, ist zwar nicht ausdrücklich bemerkt, läßt sich aber nicht füglich anders annehmen, wenn man bedenkt, daß die vorher erwähnte zweijährige Frist ein tempus continuum ist (l. 14. §. 2. C. ibid.).

III. Eigenthümliche Bestimmungen treten ein, wenn in einer Verschreibung über die Heimzahlung des Heirathguts zugleich eine Bescheinigung über den Empfang desselben enthalten ist (vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 25. §. 1239.). Zwar die l. 14. C. de n. n. pec. 4. 30. begnügt sich mit der Bestimmung, daß gegen besondere (separate) Empfangsbescheinigungen (gegen „securitates, quae post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote ex parte vel in solidum exponuntur") die exc. n. n. pec. nicht Anwendung finden solle; im Uebrigen wird die exceptio non numeratae dotis (dieser Ausdruck findet sich in der l. 14. cit. ganz am Ende, scheint aber kein gangbarer Kunstausdruck gewesen zu sein, da er nicht weiter vorkommt) ganz wie jede andere exc. non num. pecuniae behandelt***). Die l. 3. C. de dote caut. n. n. 5. 15†) aber bestimmt einen annus con-

---

*) Vgl. d. Verf. Schuldverh. I. p. 73. Nro. 2. Gegen den der exc. n. n. p. hier gegebenen weiten Umfang s. u. A. Sintenis a. a. O. §. 8. p. 289—292. Gneist a. a. O. p. 303 f. Heimbach a. a. O. p. 650 ff. Puchta Pand. §. 305. Arndts Pand. §. 281. Anm. 3. Seuffert Pand. R. §. 311. Not. 8.

**) Auch hier läßt Sintenis a. a. O. p. 292. Not. 1. die exc. n. n. p. nur dann zu, wenn die Zahlung sich auf Geld oder andere Fungibilien erstreckt. s. ferner Gneist p. 29—32.

***) Darüber, daß erst in L. 3. C. de dot. caut. die exc. n. n. pec. gegen Dotalinstrumente zugelassen sei, vgl. Gneist a. a. O. p. 37 ff. Heimbach a. a. O. p. 649.

†) Heimbach a. a. O. p. 657. ist geneigt, L. 3. und L. 14. C. cit. für Stücke einer und derselben Verordnung zu halten. Nach den Subscriptionen wäre jene vom 1. Juni diese vom 1. Juli 528. vgl. auch v. Buchholz in Sell's Jahrb. II. p. 114. 115. Die erste Ausgabe kehrte das Verhältniß gerade um.

tinuus, der jedoch nicht von der Ausstellungszeit der Urkunde, sondern von der getrennten Ehe an gerechnet wird. Späterhin glaubte Justinian die exc. n. n. p. in dieser besondern Anwendung noch mehr beschränken zu müssen, denn da die Ehe sehr lange dauern konnte, und die exc. n. n. p. noch ein Jahr über die Dauer der Ehe hinaus in Kraft bleiben sollte, so mochte es geschehen, daß die Anwendbarkeit der exc. n. n. p. ins Ungebührliche verlängert wurde. Die nov. 100. setzt daher folgendes fest:*) 1) Wenn die Ehe zehn Jahre bestanden hat, so kann die Empfangsbescheinigung gar nicht weiter mehr angefochten werden. Wenn also der Ehemann auf Auszahlung des Heirathsguts dringt, und ihm die Empfangsbescheinigung zum Beweise der bereits geschehenen Auszahlung entgegen gesetzt wird, so kann er dagegen keine Einwendung mehr machen[548]). Oder man nehme an, daß jetzt die Ehe getrennt wird, und die Mitgift zurückgegeben werden soll, so kann gegen die zum Beweise der Rückfoderungsklage beigebrachte Empfangsbescheinigung eine weitere Berufung auf die Unwahrheit derselben eben so wenig Statt finden. Diese Beschränkung der exceptio non numeratae dotis bei einer seit mehr als zehn Jahren bestandenen Ehe war vor Justinian ganz unbekannt, wie man aus der Einleitung zur nov. 100. sehen kann. 2) Innerhalb der zehn Jahre steht nichts im Wege, daß der Mann bei bestehender Ehe von jener Einwendung Gebrauch mache. Wird jedoch die Ehe getrennt, sei es durch den Tod, oder auch durch Scheidung, so kann die Beweiskraft der Empfangsbescheinigung nur innerhalb einer gewissen Frist, von der Zeit der getrennten Ehe an gerechnet, abgeläugnet werden. Diese Frist ist auf ein Jahr festgesetzt, wenn die Ehe zwei Jahre oder weniger als zwei Jahre gedauert hatte; sie beträgt drei Mo-

*) Vgl. hierzu v. Buchholtz Jur. Abh. Nro. 10. p. 169—178. Die hier vertheidigte Unterscheidung zwischen querela und exceptio, welche letztere durch Nov. 100. gar nicht berührt sein soll, ist jedoch völlig verfehlt. So nennt Justinian selbst als den Gegenstand seiner Fürsorge bald „τὰς ἀναργυρίας τὰς ἀντιτιθεμένας“ bald „τὰς ὑπὲρ τῶν ἀναργυριῶν μέμψεις“; ja, daß der Fall, welcher den Kaiser zu seinem Gesetze veranlaßte, eine eigentliche exceptio betraf, geht ziemlich deutlich aus folgenden Worten hervor „ἐκίνει τις κατὰ τῆς μητρὸς τὸν τῆς ἀναργυρίας ἀντιτιθεὶς λόγον.“

548) Doch ist dieses keineswegs unbestritten. Vgl. Glück Erl. der Pand. Th. 25. S. 248. Anm. 100.

nate, wenn die Dauer derselben den Zeitraum von zwei Jahren überschritten hatte. An diese Fristen (die man sich als tempora continua zu denken hat, weil auch die in der l. 3. C. de dote cauta festgesetzte Jahresfrist, die hier nur zum Theil vermindert erscheint, eine fortlaufende war) sind nicht bloß die Erben des Mannes gebunden*), wenn sie von der Einrede Gebrauch machen wollen, sondern auch der Ehemann selbst. Uebrigens hat Justinian bei den Bestimmungen, welche in der nov. 100. enthalten sind, offenbar nur den gewöhnlichen Fall vor Augen gehabt, wo die mit der Empfangsbescheinigung versehene Verschreibung vor oder bei der Heirath ausgefertigt worden ist; nur in dieser Beziehung ist es natürlich, daß man die Zulässigkeit oder die Ausschließung der exc. n. n. p. von der Dauer der Ehe schlechthin abhängig mache. Ist dagegen das Heirathsgut erst während der Ehe bestellt worden, so kann nicht füglich anders verfahren werden, als so, daß man von der Bestellung an rechnet. Sonst würde z. B. bei einer im elften Ehejahre vollzogenen Bestellung die der Bestellungsurkunde einverleibte Empfangsbescheinigung sogleich volle Beweiskraft haben, während es doch natürlich ist, daß der Ehemann hier eben so viel Zeit habe, als er gehabt haben würde, wenn ihm die Mitgift bei Eingehung der Ehe bestellt worden wäre. Auch bei einer während der Ehe eingetretenen Vermehrung des Heirathguts muß man, wenn die Beweiskraft einer über diese Vermehrung ausgestellten Empfangsbescheinigung in Frage kommt, die für die Verjährung so wichtige Frist (von zwei oder zehn Jahren) von der Zeit an rechnen, da die Urkunde wegen der Vermehrung ausgefertigt worden ist. Dagegen ist es der Absicht Justinian's angemessen, daß in den Fällen, in welchen die Bestellung des Heirathguts schon vor der Ehe Statt gefunden hat, und von Seiten des Ehemannes eine Verschreibung darüber mit Empfangsbescheinigung ausgestellt worden ist, die Frist von zwei oder zehn Jahren erst von der Eingehung der Ehe an gerechnet werde.

IV. Ausnahmsweise bleibt die exc. n. n. pec. auch nach Ablauf der gesetzlichen Verjährungszeit noch in voller Kraft an-

*) Nur minderjährige Erben haben eine Frist von fünf Jahren Nov. 100. cap. 2. §. 1. Mit Unrecht spricht v. Buchholz a. a. O. p. 174. den Erben die dreimonatliche Frist ab. s. cap. 2. pr. ib.

wendbar. Es sind hier zwei Fälle zu erwähnen. Der erste Fall*) tritt ein, wenn dem Inhaber der Urkunde noch vor Ablauf der Verjährungsfrist schriftlich erklärt worden ist, man habe dasjenige, dessen Empfang man bescheinigt hatte, nicht erhalten. Auch kann eine gerichtliche Verwahrung (Protestation) niedergelegt werden, wenn der Inhaber der Urkunde abwesend ist, oder wenn sonst Umstände vorhanden sind, welche einer außergerichtlichen Anzeige an denselben Hindernisse in den Weg legen. Die Anstellung einer Klage (condictio), um die ausgestellte Urkunde zurückzufodern, ist natürlich ganz vorzüglich geeignet, die exc. n. n. pec. noch über die Verjährungszeit hinaus sicher zu stellen; sie ist nur nicht der einzige Weg, um diese Sicherstellung zu bewirken[549]. Der zweite Fall einer Ausnahme ist vorhanden, wenn Gründe eintreten, welche auch sonst

*) Vgl. Heimbach a. a. O. p. 657 ff. Der Ausdruck querela n. n. pec. oder dotis umfaßt den Fall der bloßen exceptio ebensowohl als den der Contestation s. L. 9. 10. C. de n. n. p. 4. 30. Heimb. p. 657.

549) L. 8. C. de non num. pec. 4. 30. „Si intra legibus definitum tempus, qui cautionem exposuit, nulla querimonia usus defunctus est, residuum tempus eius heres habebit tam adversus creditorem, quam adversus eius heredem. Sin autem questus est, exceptio non numeratae pecuniae heredi et adversus heredem perpetuo competit. Sin vero legitimum tempus excessit, in querimoniam creditore minime deducto, omnimodo heres eius, et si pupillus sit, debitum solvere compellitur." Die Ausdrücke *querimonia, queri*, welche in dieser Stelle gebraucht werden, sind unbestimmt; aber sie nöthigen uns nicht, durchaus an eine gerichtliche Handlung zu denken. L. 9. C. ib. „... Si necdum tempus, infra quod huius rei querela (mit diesem Ausdrucke ist die except. n. n. p. gemeint), deferri debet, transiit, vel si intra hoc in testando iuri paritum sit, nihil ultra hoc, quod accepisti, sortis a te nomine rector provinciae exigi patietur." Hier finden wir statt des unbestimmten Ausdrucks *querimonia* den ebenfalls nicht ganz bestimmten Ausdruck *testari*, den man aber wenigstens nicht ausschließlich auf eine anzustellende Klage deuten wird. Am bestimmtesten lautet eine Verordnung Justinian's (l. 14. §. 4. C. eod.). „In omni vero tempore, quod memoratae exceptioni taxatum est, ei licebit, cui talis exceptio competit, vel *denuntiationibus* scripto missis querelam non numeratae pecuniae manifestare ei, qui numerasse eam vel alias res dedisse instrumento scriptus est; vel si abesse eum his locis, in quibus contractus factus est, contigerit, in hac quidem alma urbe apud quemlibet ordinarium iudicem, in provinciis vero apud viros clarissimos rectores earum vel defensores locorum eandem querelam manifestare, eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere. Sed si praesens quidem sit, qui pecunias numerasse vel alias res dedisse scriptus est, aliquam vero ad-

einen Anspruch auf Wiederherstellung versäumter Rechte durch außerordentliche Rechtshülfe begründen; denn es ist billig, daß diese auch hier in Betrachtung kommen[550]). Was namentlich die Minderjährigkeit betrifft, so bestimmt L. 5. C. in quib. caus. in int. rest. 2. 41., indem sie zugleich zu Gunsten der Minderjährigen allgemeine Festsetzungen macht, daß der Lauf dieser Verjährungszeit während der Minderjährigkeit ganz aufhören solle (vgl. Th. 1. §. 34.). Bestimmungen über die der Minderjährigkeit bei Verschreibungen über eine heimzuzahlende Mitgift gebührenden Rücksichten finden sich in nov. **100.** cap. 2. 1) Wenn der Mann es versäumt hat, während der zehnjährigen Dauer der Ehe seine Rechte gegen die in den Beredungen über das Heirathgut enthaltene Empfangsbescheinigung geltend zu machen, so ist zwar für ihn, wenn er als Minderjähriger geheirathet hat, noch nicht alle Aussicht auf Hülfe verloren; er muß aber die in integrum restitutio in der bestimmten Zeit nachsuchen, und ist sogar dabei noch besonders beschränkt, weil die ihm vergönnte Frist sich niemals über zwölf Jahre, von der Zeit der eingegangenen Ehe an gerechnet, hinauserstrecken kann. So z. B. würde derjenige, welcher als funfzehnjähriger Jüngling heirathet, und eine Empfangsbescheinigung über ein nicht empfangenes Heirathgut ausgestellt hat, nach einer zehnjährigen Ehe gerade fünf und zwanzig Jahre zählen, so daß er, den allgemeinen Grundsätzen gemäß, noch vier

---

ministrationem in hac alma urbe vel in provinciis gerat, ut difficile esse videatur, denuntiationem ei mittere, licentiam damus ei, qui memorata exceptione uti velit, alios iudices adire, vel in hac alma urbe, vel in provinciis, et per eos ei manifestare, cui exceptionem huiusmodi obiicit, factam a se super non numerata pecunia querelam esse. Quodsi in provinciis vel non sit alius administrator civilis vel militaris, vel per aliquam causam difficile sit ei, qui memoratam querelam opponit, adire eum, et ea, quae dicta sunt, facere, licentiam ei damus, per virum reverendissimum episcopum eandem suam exceptionem creditori manifestare, et ita tempus statutum interrumpere. Quae etiam in exceptione non numeratae dotis locum habere certum est.“ [vgl. noch L. 4. C. de cond. ex leg. 4. 9. L. 1. C. Th. si cert. pet. 2. 27.]

550) L. 14. pr. C. de non num. pec. 4. 30. „. . . His scilicet, qui propter aliquas causas specialiter legibus expressas etiam elapso quinquennio in praeteritis temporibus adiuvabantur, etiam in posterum, licet biennium pro quinquennio statutum est, eodem auxilio potituris.“

Jahre vor sich hätte, um die Wiedereinsetzung zu erbitten. Nach der nov. 100. hat er aber nur zwei Jahre übrig. Die Erben sind noch mehr beschränkt. Diese haben nämlich auf keinen Fall eine Frist von mehr als einem Jahre, um im Namen des Verstorbenen die Wiedereinsetzung gegen die Rechtsversäumniß nachzusuchen. Eine Begünstigung ist aber wohl niemals dabei beabsichtigt. Wenn also der Verstorbene selbst kein volles Jahr übrig gehabt haben würde, so darf es auch dem Erben nicht verstattet werden. 2) Wenn die Erben aus Rücksicht auf eigene Minderjährigkeit die Wiedereinsetzung gegen Rechtsversäumniß in Anspruch nehmen, so soll dieß binnen fünf Jahren geschehen. Ob diese Frist vom Erbanfalle oder von der wirklichen Erbfolge an zu rechnen ist, mag zweifelhaft scheinen. Rechnet man schon vom Erbanfalle an, weil die Verzögerung der Antretung dem Erben nicht zu Gute kommen soll, so ist es doch wenigstens billig, daß man die Frist erst anfangen lasse zu laufen, wenn der Erbanfall zur Kunde des Erben gekommen ist. Eine dritte Ausnahme hat man wohl schon für den Fall angenommen, wo Jemand zu einem verbotenen oder unsittlichen Zwecke (ob turpem causam) sich etwas hat versprechen lassen, und deswegen eine Bescheinigung wie über ein gegebenes Darlehen in die Hände bekommen hat (vgl. Haenel Diss. Dom. vet. coll. §. 13. Roger. §. 62. Hugol. §. 200.). Nun sagt freilich die l. 1. C. de cond. ob t. c. 4. 7., daß derjenige, welcher eine solche Empfangsbescheinigung ausgestellt habe, den Beweis führen müsse, daß die Summe, von welcher sie spricht, nicht gegeben, sondern etwas Verbotenes oder Unsittliches bezweckt worden sei. Da aber schlechterdings kein Grund sichtbar ist, warum gerade in einem solchen Falle der Inhaber des Empfangscheins in eine vortheilhaftere Lage gesetzt werden sollte, so ist gewiß die Ansicht derjenigen vorzuziehen, welche bei der l. 1. cit. an einen Fall denken, wo die der exc. non numeratae pecuniae vorgeschriebene Verjährungsfrist bereits abgelaufen war, und also, wie natürlich, eine Einrede nur unter den gewöhnlichen Voraussetzungen der Erweislichkeit Statt finden konnte.

III.

Proceßverjährung.

§. 160a*).

[Durch die Litiscontestation, und was später an deren Stelle getreten, wird zwischen den Parteien eine Verpflichtung auf den Ausgang des Processes geschaffen, welche in den iudicia legitima anfänglich von unbegrenzter Dauer, erst in Folge der lex Iulia iudiciaria auf die Zeit von 18 Monaten beschränkt wurde**). Bei den iudicia imperio continentia dagegen hatte das nur auf der Amtsgewalt des Magistrats ruhende Gericht nicht länger Bestand als letztere selbst***). Nachmals wurde jedoch wegen der Unregelmäßigkeit in dem Wechsel der Provincialstatthalter diese Consequenz aufgegeben L. 49. §. 1. D. de iudic. 5. 1.; bloß, das Gericht ausdrücklich über die Dauer des eignen imperium hinaus zu bestellen, galt immer für unzulässig. L. 13. §. 1. D. de iurisd. 2. 13.†). Die Wirkung der so eben geschil-

---

*) Vgl. Francke Civ. Abh. Gött. 1826. p. 74 ff. Keller Lit.-Contest. p. 130—165. Proc. §. 45. Linde Ueb. Verj. d. Proc. u. d. Litispend. Gieß. Zeitschr. II. p. 153 ff. s. bes. §. 2. 4. 8. 9. Zimmern Civ.-Proc. §. 128. Bethmann-Hollweg Civ.-Proc. p. 231 f. Buchka Einfl. d. Proc. auf d. mat. Rvh. Rost. 1846. 47. I. p. 173 ff. II. p. 52 ff. Puchta Inst. §. 159. 185 g. d. E.

**) Gai. IV. §. 103. 104. L. 18. §. 4. D. de dol. m. 4. 3. L. 32. D. de iud. 5. 1. Daß in der Erwähnung der achtzehn Monate bei Cic. pr. Quinct. c. 8. §. 30. (vgl. Heffter Obs. Gaian. p. 97. Not. 3.) keine Anspielung auf die Proceßverjährung liegt, zeigt die folgende Darstellung §. 40—43., bes. die Worte „quod est hoc iudicium, in quo iam biennium versamur?“ (§. 42.), aus denen freilich auch nichts für die damalige Unverjährbarkeit der Proceßobligation zu folgern ist. s. Bethmann-Hollweg a. a. O. Not. 58.

***) Gai. IV. §. 105. — Nicht nothwendig ist hierauf zu beziehen Iuv. Sat. 16. v. 42. vgl. Mommsen D. Rechtsfr. zw. Caesar u. d. Senat. Not. 48. Auch kann der Magistrat unabhängig von der lex Iulia oder seiner Amtsdauer dem iudex einen Termin setzen, mit dessen Ablauf sein officium erlischt. L. 32. D. de iudic. cf. Gell. N. A. XII. 13. §. 1. Gar keiner Verjährung unterlagen Centumviralprocesse Suet. Vesp. c. 10. und extraordinariae cognitiones Spangenberg tab. neg. soll. Nro. 63. Bethmann-Hollweg a. a. O. Not. 60. 61., während die Constantinische L. 1. C. Th. de off. Rect. prov. gerade sie ausdrücklich nennt.

†) Mommsen a. a. O. Not. 49. denkt hier an eine erneuerte Bestellung des früheren Richters. Ich ziehe die schon von Bynkershoek Obs. VII.

derten Proceßverjährung ist Verlust der actio; doch bleibt ein naturale debitum zurück*). Ebenso wie bei den iudicia imperio continentia aus besonderem Grunde die Proceßverjährung schon früher außer Uebung kam, so mußte sie mit dem Verschwinden des Gegensatzes zwischen ihnen und den iudicia legitima gänzlich wegfallen. — Dafür begegnen wir unter Constantin einer zweijährigen Frist, in welcher die Civilprocesse regelmäßig erledigt sein müssen L. un. C. Th. de dol. m. 2. 15. L. 1. C. Th. de off. Rect. prov. 1. 16. L. 4. C. Th. de lib. caus. 4. 8.**); noch weiter sind die fiscalischen Processe beschränkt, für deren Abwickelung ein Jahr L. 4. C. Th. de iur. fisc. 10. 1., dann zwei bis sechs Monate bestimmt waren L. 41. C. Th. de app. 11. 30. L. 13. C. Th. de iur. fisc. cf. L. 11. C. I. eod.***). — In anderen Fällen soll die gerichtliche Untersuchung in festgesetzter Zeit von dem schädigenden Ereigniß an angerufen und beendet sein; so bei den Seeverklarungen der navicularii L. 1. L. 6. C. Th. de naufr. 13. 15. L. 2. 5. C. I. eod. 11. 1.†); ähnlich bei der restitutio in integrum (vgl. Anm. 531.). Auch die vorübergehenden Vorschriften Valentinian's III. in Be-

---

23. aufgestellte Vereinigung jener beiden Fragmente vor, theils wegen des Ausdrucks „durare" theils wegen des „easque sententias servari", worin sonst ja nichts besonderes läge s. auch Zimmern a. a. O. Not. 12.

*) A. M. Linde a. a. O. p. 187 f. s. jed. L. 8. §. 1. D. rat. rem hab. 46. 8. cf. L. 22. §. 5. D. eod. v. Savigny Obl.-R. I. p. 99. Not. dd. v. Vangerow Pand. I. p. 312.

**) Es ist auffallend, daß für die in L. un. C. Th. cit. genannte actio doli im Justinianischen Recht ausnahmsweise jener Termin noch fortbesteht.

***) Ein bestimmtes Präjudiz ist nicht beigefügt; man könnte diese Bestimmung deshalb ebenso, wie die in C. Th. Tit. ut. intr. ann. crim. act. term. L. 6. C. I. de cust. reor. 9. 4. L. 54. C. I. de decurion. 10. 31. ergangenen, für bloße etwa durch Strafandrohungen verschärfte Instructionen für die betreffenden Behörden ansehen, wenn nicht die Analogie der zu Constantin's Zeit üblichen Proceßverjährung (L. un. C. Th. de dol. m. — perpetuo vero silentio conquiescat —) in allen Civilsachen (... exemplo litium ceterarum ... vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. p. 232.) auch hier für die gleiche Annahme spräche. Bedenken trage ich dagegen, die L. 54. C. I. cit. ebenso auszulegen. Uebrigens war auch die Appellation in Fiscalsachen an kürzere Fristen gebunden L. 13. C. Th. de iur. fisc. L. 46. 64. C. Th. de app.

†) Hier trägt das Ganze mehr den Character der Klagen- als der Proceßverjährung an sich s. Linde a. a. O.

treff der dreißigjährigen Verjährung gehören hierher (vgl. Anm. 62.). Justinian führte zur Beendigung der Civilsachen einen dreijährigen Zeitraum ein L. 13. C. de iud. 3. 1.; Richter und Advocaten, denen eine weitere Verzögerung zur Last fällt, sind mit Strafen bedroht. Doch haben wir hierin eine eigentliche Proceßverjährung nicht zu erblicken*); es wird den Parteien bloß das Recht gewährt, den Rechtsstreit, welcher bereits zwei und ein halbes Jahr seit der Litiscontestation schwebte, auch in Abwesenheit des Gegentheils einseitig fortzusetzen, und gegen das Ende des Triennium eine Entscheidung, sei es durch eine Definitivsentenz, sei es durch Freisprechung von der Instanz zu fordern. Doch wenn Beide, Kläger und Beklagter unthätig bleiben, ruht der Proceß, bis die Verjährung der Litispendenz ihn ein für allemal beseitigt**). — Ebenso war für die Verhandlungen in der Appellations- oder Oberappellationsinstanz, die Zeit von einem, höchstens zwei Jahren gegeben, und bei Ueberschreitungen dieses Termins die Berufung für nicht eingelegt zu erachten. L. 5. §. 4. 5. C. de temp. app. 7. 63.; indessen ist durch Nov. 49. pr. c. 1. an Statt dieses Nachtheils dem Appellaten bloß die Befugniß verliehen, auf eine Contumacialsentenz anzutragen, die natürlich auch ungünstig für diesen lauten kann, und jedenfalls innerhalb jener zwei Jahre ergehen soll***). — Von einer Verjährung der Criminalprocesse finden wir die erste Spur unter Constantin in L. 2. §. 2. C. Th. ad Leg. Corn. de fals. 9. 19.†). Binnen Jahresfrist soll das Verfahren abgethan sein vgl. Cod. Th. Tit. ut intr. ann. crim. act. term. 9. 36., ein besonderer Nachtheil für

*) Vgl. bes. Buchka a. a. O. II. p. 52 ff.

**) Vgl. oben §. 125. v. Linde a. a. O. p. 161. Planck Mehrh. d. Rstreit. im Proc.-R Gött. 1844. p. 23. Die Verjährung der Litispendenz ergreift nämlich nicht den bloßen Proceß, sondern den Klaganspruch selbst, und die Proceßverjährung hatte im älteren Recht ihre zerstörende Wirkung nur vermöge der processualischen Consumtion, die bekanntlich in der cognitio extraordinaria wegfiel. Es ist deshalb ein ganz besonderer sich keinesweges von selbst verstehender Nachtheil, der in L. un. C. Th. de dol. m. dem Kläger mit den Worten „perpetuo vero silentio conquiescat etc.“ auferlegt ist.

***) Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. p. 360.

†) S. Geib Crim.-Proc. Lpzg. 1842. p. 541. Planck a. a. O. p. 233. Not. 14. Indessen eine entferntere Andeutung der Art liegt uns wohl schon in L. 7. pr. D. de muner. 50. 4. vor.

die Uebertretung dieser Anordnung ist dort jedoch nicht namhaft gemacht. Justinian erhöht die Zeit auf zwei Jahre, und will dann den Angeschuldigten unter allen Umständen absolviert wissen L. 3. C. ut intr. cert. temp. 9. 44.*). Heutzutage hat keine dieser Bestimmungen weder im bürgerlichen noch im Strafverfahren mehr Geltung.]

IV.

Verjährung bei den Ausnahmerechten**) (privilegia).

§. 161.

Gewöhnlich wird besonders untersucht, inwieferne bei den privilegia eine Verjährung eintreten könne; namentlich inwieferne solche Rechte durch Nichtausübung verloren gehen (vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 2. §. 110.). Allein ich finde nicht, daß irgendwo in unsern Rechtsquellen allgemeine Grundsätze für die Verjährung gerade dieser Rechte aufgestellt würden. Zwar enthält das Römische Recht die Festsetzung, daß Jahrmarktsrechte durch zehnjährige Nichtausübung verjährt werden sollen, [L. 1. D. de nundin. 50. 11.***)] und es fehlt nicht an Rechtsgelehrten, welche behauptet haben, daß dieses bei allen sogenannten affirmativen Privilegien gelten müsse, d. h. bei allen Ausnahmerechten, welche dem Berechtigten die Befugniß zu einer nach den gemeinen Rechtsgrundsätzen nicht erlaubten Handlung verleihen. Allein wenn ein solches Verfahren erlaubt wäre, so ist nicht abzusehen, warum man bei den Ausnahmerechten stehen bleiben, und nicht die bei den Jahrmarkts-

---

*) Cf. L. 13. pr. C. de iud. 3. 1. wegen des biennium in L. 15. §. 5. ad SC. Turp. 48. 16. vgl. Zimmern a. a. O. §. 151. Not. 12.

**) Vgl. Fritz i. d. Gießener Zeitschr. Bd. IV. p. 201—210. Göschen Vorl. Bd. I. §. 124. Steppes Gieß. Zeitschr. XIV. p. 126—136. v. Vangerow Pand. §. 116. Anm. Seuffert Pand.-R. §. 21. Not. 9. Schlayer Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. XII. p. 74—76. p. 95.

***) Gegen die Deutung dieser Stelle durch Fritz a. a. O. p. 206. auf das Recht eines einzelnen Verkäufers, einen Theil des Marktplatzes für sich zum Waarenauslegen zu benutzen (vgl. auch v. Vangerow a. a. O. p. 192.) s. Steppes a. a. O. p. 128 f. Zachariae Eustathius p. 215. Not. 23. Plin. ep. V. 4. §. 1.

rechten Statt findende zehnjährige Verjährung bei allen auf ein Handeln gerichteten Befugnissen annehmen will. So finden wir in den Quellen des kirchlichen Rechts, daß die Befreiungen von der Zehentlast erlöschen, wenn man sich die Ausübung des Zehentrechts dreißig oder vierzig Jahre lang hat gefallen lassen [551]). Auch diese Bestimmung hat Veranlassung gegeben, einen allgemeinen Rechtsgrundsatz aufzustellen. Man hat nämlich behauptet, daß diese Verjährung bei allen sogenannten negativen Privilegien, d. h. bei allen befreienden Ausnahmerechten, eintreten müsse. Und wirklich hat dieses viel für sich; denn es ist nicht zu läugnen, daß der in cap. 15. X. de privil. 5. 33. zur Rechtfertigung der dort anerkannten Verjährung angegebene Grund („Cum enim tanto tempore contra indulta privilegia decimas solverint, eis renuntiasse tacite praesumuntur") einen rechtlichen Gesichtspunkt aufstellt, der für alle Befreiungsrechte gelten kann. Immerhin ließe sich zweifeln, ob es erlaubt sei, eine bloß bei Gelegenheit hingeworfene allgemeine Ansicht sogleich für einen geltenden Rechtssatz zu nehmen; aber ich finde diesen Zweifel doch nicht bedeutend genug, um ihn gegen eine von den neueren Rechtsgelehrten insgemein angenommene Lehre geltend zu machen, um so weniger, als man zugeben muß, daß eine Beschränkung dieser Befreiungsrechte durch Verjährung recht sehr zweckmäßig ist. Darf man nun aber nicht noch weiter gehen, und das bei der Zehntfreiheit geltende Recht auch auf die sogenannten affirmativen Privilegien ausdehnen? Dieß hat ungleich größere Bedenklichkeit; denn wenn bei den Befreiungsrechten die Verjährung darauf gegründet ist, daß Jemand fortdauernd etwas geschehen läßt,

551) Cap. 6. X. de privil. 5. 33. „Si de terra, quam habetis in parochia canonicorum de Plautio, per XXX annos eis decimas persolvistis, eas sibi de caetero integre .... persolvatis .... Licet enim privilegiorum Rom. ecclesiae beneficio fratribus Cisterciensis ordinis indultum fuerit, quod de laboribus suis nullas decimas .... persolvere debeant, de privilegio tamen .... indulto tanto tempore vobis detrahere voluistis, cum liberum sit unicuique suo iuri renuntiare, eoque modo non potestis vos in hac parte tueri." Cap. 15. X. ibid. „..... Si abbas et monachi sufficienter ostenderint, quod a Templariis decimas de terris praedictis per XL annos continue perceperint sine lite, vos ad praestationem .... ipsarum Templarios .... compellatis. Cum enim tanto tempore contra indulta privilegia decimas solverint, eis renuntiasse tacite praesumuntur."

was dem Befreiungsrechte zuwider ist, so würde bei den sogenannten affirmativen Privilegien das Unterlassen der Ausübung schon genügend sein. Nun folgt aber gar nicht, daß die Gesetzgebung, wenn sie sich veranlaßt sieht, mit dem fortdauernden Dulden die Annahme (fictio) einer stillschweigenden Entsagung*) zu verbinden, diese Annahme auch mit einem bloßen Unterlassen habe verbinden wollen. Will man dennoch eine Ausdehnung der bei den Zehntbefreiungen geltenden Verjährung auf die sogenannten affirmativen Privilegien gelten lassen, so fodere man, daß die Ausübung des Rechts gestört worden sei, der Gestörte aber sich dabei beruhigt, und die fernere Ausübung unterlassen habe; auf diese Weise gewinnt man wenigstens eine gewisse Annäherung an die bei den Befreiungsrechten geltende Verjährung [552]).

Was die Dauer der Verjährungszeit in den angeführten Fällen anbetrifft, so dürfen wir dreißig Jahre als die Regel**), und vierzig Jahre als eine zu Gunsten der Kirchen geltende Ausnahme aufstellen, obgleich auch in dieser Hinsicht nicht alles im Reinen ist. Das cap. 15. X. de privil. 5. 33. fodert vierzig Jahre, offenbar mit Rücksicht auf die den kirchlichen An-

---

*) Aus diesem Gesichtspunkte sucht Steppes a. a. O. cap. 6. und 15. X. cit. zu erklären, und läugnet, daß in ihnen überhaupt von Verjährung die Rede sei. Die Berufung auf den Verzicht hat dort aber nur den Sinn, die Zulässigkeit der praescriptio zu erklären, in deren ungestörtem Ablauf man allerdings ein Verzichten von Seiten des Berechtigten erblicken kann. Steppes vermischt hiermit die ganz anderen Fragen, ob dieß Verzichten nun auch Erwerbsgrund im concreten Falle geworden, oder überhaupt als das juristische Fundament der Verjährung anzusehen sei. Die weitere Einwendung von Steppes, daß zur Zehntverjährung ein Titel erforderlich gewesen wäre, c. 15. aber diesen Punkt ganz bei Seite lasse, erledigt sich dadurch, daß das Kloster unbestritten vor dem Erwerbe der fraglichen Ländereien durch die Templer dort zehntberechtigt war, und dieß Recht nur dem Privilegium der letzteren (cap. 10. X. de decim. 3. 30.) gegenüber hatte nachstehen müssen.

552) Diejenigen, welche eine Aufhebung der sogenannten affirmativen Privilegien durch die bloße Nichtausübung des Rechts gelten lassen, pflegen dann wohl zu fodern: 1) daß es nicht an Gelegenheit gefehlt habe, das Recht auszuüben; 2) daß die Nichtausübung freiwillig unterblieben sei, obwohl kein Hinderniß im Wege stand; 3) daß Jemanden daran gelegen sei, daß das Privilegium aufhöre; 4) daß nicht der Freibrief das Recht mit der besonderen Bestimmung verliehen habe, solches nach freier Willkür zu gebrauchen. Vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 2. (Ausg. 2.) S. 48. 49.

**) Vgl. Seuffert Arch. V. 246.

stalten gebührende Begünstigung. Diese vierzigjährige Verjährung läßt uns also auf eine dreißigjährige als die Regel schließen. Und in der That spricht das cap. 6. X. ib. von einer dreißigjährigen Verjährung. Freilich seltsam genug, weil auch hier eine kirchliche Anstalt betheiligt ist! Will man nicht XXXX für XXX setzen, eine Veränderung, welche durch die Vergleichung der Handschriften unterstützt wird, so muß man annehmen, der Papst (Alexander III.) habe dieses kirchliche Vorzugsrecht vergessen, vielleicht auch, wie J. H. Böhmer (ad cap. 6. cit. not. 72.) meint, vergessen wollen. [S. auch Fritz a. a. O. p. 209. Not. 2. Steppes a. a. O. p. 133.*)]

V.

Bestärkung der Rechtsgeschäfte durch Verjährung.

§. 162.

Es ist bei der Uebersicht der in den einheimischen Quellen des Mittelalters enthaltenen rechtlichen Bestimmungen angeführt worden, wie die Deutschen Stadtrechte manchmal verordnen, daß rechtliche Verhandlungen, welche in das Stadtbuch eingetragen sind, nur binnen Jahr und Tag anfechtbar sein, nach Ablauf dieser Zeit aber unbestreitbare Gültigkeit haben sollen (Th. 1. §. 22.). Aber auch das Römische Recht kennt dergleichen Bestimmungen. 1) Zunächst ist hier anzuführen, daß ein Rechtsgeschäft, welches durch in integrum restitutio angefochten werden kann, eine vermehrte Festigkeit gewinnt, wenn das Recht der in integrum restitutio durch Verjährung beseitigt wird. Sodann ist 2) für die Bestärkung letzter Willensverordnungen die fünfjährige Verjährung wichtig, weil sie nun ge-

---

*) Gegenwärtig ist es wohl ziemlich allgemein anerkannt, daß die durch Privilegien gewährten Rechte ganz den allgemeinen Regeln folgen, ohne daß aus der Art ihrer Entstehung sich besondere rechtliche Normen für sie ergeben; daß L. 1. D. de nund. eine ganz specielle Bestimmung enthält, c. 6. und 15 X. cit. nur eine in diesem Sinne gemachte Anwendung weiter gehender Rechtssätze behandeln. vgl. außer den p. 41. Not. **) Citierten namentlich noch Puchta Pand. §. 31. Not. o.

gen die inofficiosi querela gesichert sind. Auf ähnliche Weise kann die Verjährung wichtig werden, wenn der Erblasser schon bei seinen Lebzeiten Schenkungen gemacht oder ein Heirathgut bestellt hat, insoferne dadurch der Pflichttheil sich verletzt findet, und also nach Art der inofficiosi querela eine Anfechtung möglich ist. Es soll von dieser fünfjährigen Verjährung in der Lehre von den erbschaftlichen Verjährungen ausführlicher die Rede sein (vgl. §. 169. §. 172.). 3) Die l. 3. (ult.) C. si maior fact. alienat. 5. 74. enthält sogar eine Bestimmung, in Folge deren eine an und für sich ganz ungültige Veräußerung durch fünfjährige Verjährung Gültigkeit erlangt. Wir wollen diesen Punkt, worüber im Uebrigen v. Glück (Erl. d. P. Th. 33. p. 73—96.)*) zu vergleichen ist, etwas genauer betrachten.

§. 163.

Es ist schon bei einer andern Gelegenheit bemerkt worden, daß nach einem zur Zeit des K. Septimius Severus gemachten Senatsbeschlusse die von den Vormündern vorgenommenen Veräußerungen und Verpfändungen der einem Minderjährigen gehörigen praedia rustica und suburbana in der Regel ungültig sind, wenn sie nicht die obrigkeitliche Genehmigung (decretum) erhalten haben (vgl. Th. 1. §. 37.). Dieses wurde späterhin auf alle unbeweglichen Güter, und sogar auf [den größten Theil der] beweglichen Sachen ausgedehnt (l. 22. C. de adm. tut. 5. 37.). Dasselbe gilt, wenn der Minderjährige selbst der Veräußernde gewesen ist; sogar werden die Veräußerungen und Verpfändungen von Grundstücken, welche ein vor der Zeit (durch venia aetatis) für volljährig erklärter Minderjähriger vorgenommen hat, für ungültig zu achten sein. L. 3. C. de his qui ven. aet. 2. 45. Die Folge dieser Ungültigkeit ist, daß der Minderjährige nach erlangter Volljährigkeit die veräußerte oder verpfändete Sache mit einer dinglichen Klage in Anspruch zu nehmen befugt ist (l. 8. 10. 15. 16. C. de praed. et al. reb. minor. 5. 71.), so lange ihm nicht eine ersitzende Ver-

---

*) S. außer den dort p. 77. Not. 52. citierten Schriften noch Marezoll im Arch. f. d. civ. Prax. Bd. VIII. Abh. 10. Nro. 7. p. 279—281. v. Buchholtz Jurist. Abh. Nro. 19. p. 249—261. Rudorff R. d. Vormundsch. Bd. 2. p. 437—444.

jährung entgegengestellt werden kann[552a]). Constantin d. Gr. beschränkte aber diesen Anspruch dahin, daß er schlechterdings innerhalb eines Jahres von der Zeit der beendeten Minderjährigkeit an gerechnet, also noch vor dem Ablauf des sechsundzwanzigsten Lebensjahres erhoben werden müsse[552b]). Dabei kann es aber unter den Nachfolgern Constantin's nicht geblieben sein*), denn Justinian drückt sich in der L. 3. C. si mai. fact. 5. 74. so aus, daß man glauben muß, es sei jene Beschränkung späterhin verschwunden, dafür aber angenommen worden, daß der Anspruch des ehemaligen Minderjährigen wegfalle, wenn derselbe so lange geschwiegen hat, daß man daraus schließen kann, er habe die Veräußerung wollen gelten lassen. Nicht mit Unrecht findet aber Justinian den Mangel einer bestimmten Zeitfrist bedenklich und verordnet daher, daß die von Minderjährigen ohne obrigkeitliche Zustimmung vorgenommenen Veräußerungen und Verpfändungen vollkommene Gültigkeit erlangen sollen, wenn nach erlangter Volljährigkeit der ehemalige minor binnen einer fünfjährigen fortlaufend zu berechnenden Zeitfrist die veräußerte oder verpfändete Sache nicht in Anspruch genommen hat[553]). Dabei bemerke man: 1) Diese fünfjährige Verjährung kann nur Anwendung finden, wenn die Veräußerung lediglich wegen ermangelnder obrigkeit-

---

552a) An diese gewöhnliche Verjährung dachten daher auch die Verfasser der unter Gordian und Diocletian erlassenen Bescheide, die als L. 1. 3. 4. C. si quis ign. r. m. e. 5. 73. und als L. 2. C. si mai. fact. al. 5. 74. in den Justinianischen Codex aufgenommen sind.

552b) L. 1. C. Th. de praed. min. s. d. n. al. 3. 21. (von Peyron gefunden). Es dürfte natürlich scheinen, die Jahresfrist als einen annus utilis zu nehmen, wie er damals überhaupt für die in integrum restitutio galt; dem widerspricht aber, daß sogleich die Frist bis zum Ende des 26. Lebensjahres gerechnet wird.

*) Vgl. Glück a. a. O. p. 75. Rudorff a. a. O. p. 437.

553) L. 3. C. si mai. fact. 5. 74. Si quando sine decreto minorum, vel adhuc sub curatoribus constitutorum vel per veniam aetatis eorum curam excedentium, res alienantur vel supponuntur, et ad perfectam aetatem iidem minores provecti longo silentio querelam huiusmodi tradiderint, ut inutilis alienatio vel suppositio diuturno silentio roboretur, certum tempus ad talem confirmationem praefinitum esse censemus. Ideoque praecipimus, si per quinque continuos annos post impletam minorem aetatem (id est viginti quinque annos) connumerandos, nihil conquestus est super tali alienatione vel suppositione is, qui eam fecit, vel heres eius, minime re-

licher Zustimmung ungültig ist*). Wenn daher ein unter Vormundschaft stehender Minderjähriger ohne Beirath des Vormundes eine Veräußerung oder Verpfändung vorgenommen hat, so hilft die fünfjährige Verjährung nichts, weil hier ganz abgesehen von dem Mangel der obrigkeitlichen Genehmigung, schon der der vormundschaftlichen Zustimmung die Gültigkeit hindert. Dagegen ist jene Verjährung an ihrem Platze, wenn der Minderjährige zwar mit Beistimmung des Vormundes, aber ohne die erforderliche Bestätigung der Obrigkeit gehandelt hat. Ferner wenn ein durch Volljährigkeitserklärung begünstigter minor bei Veräußerung oder Verpfändung von unbeweglichen Sachen diese Bestätigung vernachlässigt hat; beidemale vorausgesetzt, daß die Veräußerung keine Schenkung war, da eine solche nicht einmal durch die obrigkeitliche Bestätigung Gültigkeit erlangt haben würde (vgl. L. 3. cit. verb. Cum autem donationes a minoribus nec cum decreto celebrari possint...) — Man hat die Frage aufgeworfen, ob die fünfjährige Verjährung auch etwas helfen könne, wenn zwar die obrigkeitliche Erlaubniß zur Veräußerung ertheilt worden ist, wenn aber die Obrigkeit durch falsche Angaben dazu verleitet wurde. Ich kann denjenigen nicht beistimmen, welche die Frage verneinend beantworten. Es ergiebt sich aus mehreren Stellen, daß hier die Rechte des Minderjährigen, vorausgesetzt, daß die Erschleichung bewiesen werden kann, dieselben sind, wie wenn die Veräußerung aller obrigkeitlichen Bestätigung entbehrt hätte, so daß der Minderjährige befugt bleibt, die veräußerte Sache ebenso in Anspruch zu nehmen, als ob die Veräußerung ohne Decret erfolgt wäre (L. 1. §. 2. L. 5. §. 15. D. de reb. eor. 27. 9. L. 5. C. de praed. 5. 71.); es ist aber nicht abzusehen, warum er mehr

---

tractari eam occasione praetermissionis decreti, sed sic tenere, quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita. Cum autem donationes a minoribus nec cum decreto celebrari possint, si minor vel post veniam aetatis rem immobilem donationis titulo in alium, excepta propter nuptias donatione, transscripserit, non aliter hoc firmitatem habebit, nisi post viginti quinque annos impletos inter praesentes quidem decennium, inter absentes autem vicennium donatore acquiescente effluxerit; ut tamen in heredis persona illud tantummodo tempus accederet, quod post eiusdem heredis minoris aetatem silentio transactum sit.

*) S. Glück a. a. O. p. 82. v. Buchholz a. a. O. p. 252. Rudorff a. a. O. p. 440. 441.

Rechte haben soll, als da, wo die Veräußerung ohne alle Mitwirkung der Obrigkeit erfolgt ist*).

2) Hält man sich streng an die Worte der Justinianischen Verordnung (is qui eam fecit, vel heres eius), so muß man behaupten, es dürfe die fünfjährige Verjährung nur bei den von dem Minderjährigen selbst vorgenommenen Veräußerungen und Verpfändungen Statt finden, nicht aber bei den von dem Vormunde ausgegangenen. Nun kann man freilich sagen, warum sollte nicht eine vom Vormunde im Namen des Minderjährigen geschehene Veräußerung eine von diesem vorgenommene genannt werden können? Ich selbst habe in der früheren Auflage diesen Grund geltend gemacht, und wies darauf hin, daß der Eingang der Stelle eine minder beschränkte Ausdrucksweise hat (si quando sine decreto minorum . . . res alienantur). Bei alle dem trage ich jetzt Bedenken, diese Ansicht beizubehalten. Denn da der zur Volljährigkeit gelangte Minderjährige die von ihm bewirkten Veräußerungen natürlich kennt, so ist es auch gerade bei diesen vorzugsweise zu rechtfertigen, wenn ihm eine vom Augenblicke der Volljährigkeit an zu rechnende Frist vorgeschrieben wird, binnen welcher er die Veräußerung anfechten muß. Zwar ist es auch nicht gerade unbillig, wenn man von ihm verlangt, daß er alsdann sich um das bekümmere, was seine Vormünder während seiner Minderjährigkeit gethan haben. Allein es ist doch immer sehr die Frage, ob bei der Justinianischen Verordnung eine solche Zumuthung wirklich beabsichtigt war**). In neueren Schriften findet man bisweilen die fünfjährige Verjährung mit einer Beschränkung zugelassen; sie soll nämlich nicht sogleich mit dem Anfang der Volljährigkeit beginnen, sondern erst, wenn der ehemalige Minderjährige von der ihm nachtheiligen Veräußerung Kunde erhalten hat. Das wäre dann eine neue Abweichung von dem, was der Buchstabe der Justinianischen Verordnung vorschreibt. Nun ist freilich meines Erachtens diese mildernde Beschränkung nicht nothwendig, auch wenn man unsere Verjährung bei den Veräußerungen durch die Vormünder in Anwendung bringt. Dennoch sollte ich meinen, es müsse schon die so nahe liegende

*) Glück a. a. O. p. 83. Rudorff a. a. O. Not. 55.

**) Für die frühere Ansicht des Verf. sind Glück a. a. O. p. 84. v. Buchholtz p. 252. Rudorff p. 440. Not. 52.

Möglichkeit eines neuen Streitpunktes für uns ein Bestimmungsgrund sein, uns überhaupt ganz streng an die Worte der Verordnung zu halten und damit jene Controverse zu umgehen *).

3) Wenn wir annehmen, daß das Gesetz nicht auf Veräußerungen durch die Vormünder sich bezieht, so erklärt sich auch, warum es nur von Minderjährigen spricht, die unter einem Curator stehen, oder venia aetatis erhalten haben, der Pupillen unter Obhut des tutor aber nicht erwähnt. Bei diesen ist es überhaupt seltener, daß sie bei Abschluß der sie angehenden Rechtsgeschäfte thätig sind; und wenn es geschieht, so ist im Allgemeinen nicht vorauszusetzen, daß sie sich dessen, was sie gethan haben, hinreichend bewußt geworden sind, um die Anwendung der fünfjährigen Verjährung zur Bekräftigung solcher Rechtsgeschäfte billig zu finden. Dagegen würde sich schwer begreifen lassen, warum bei Rechtsgeschäften, die ein Curator für den Minderjährigen abgeschlossen hat, die in dem Mangel des Decrets begründete Ungültigkeit leichter heilbar sein sollte, als bei den Rechtsgeschäften, die der tutor eines Unmündigen eingeht. — Uebrigens muß bemerkt werden, daß es neuere Schriftsteller giebt, welche unsere Verjährung auch auf die tutore auctore geschlossenen Rechtsgeschäfte anwenden, und, wofern sie sonst der Meinung sind, daß die Verjährung auch bei Veräußerungen durch den Vormund Platz greife, dieselbe natürlich auch auf die von dem tutor bewirkten Alienationen ausdehnen. Diese Ansicht liegt sogar schon der Basilikenübersetzung zu Grunde (X. 4. c. 66.), widerspricht aber nichts destoweniger den Worten der L. 3. C. cit. **).

4) In den Fällen, wo diese Verjährung nicht wirkt, kann in der Regel nur die dreißigjährige Verjährung dem Erwerber etwas helfen, indem die ungültige Veräußerung keinen iustus titulus gewähren kann. Davon sind zwei Ausnahmen zu bemerken:

a) Wenn die Sache auf rechtlichem Wege in die Hände eines Dritten kommt, so ist zwar für die Dauer der Minder-

*) Vgl. auch Glück a. a. O. p. 85 ff. Rudorff a. a. O. p. 441. Not. 58. 59.

**) So der Verf. in der ersten Aufl. und neuerdings Rudorff a. a. O. p. 440. Not. 54. Bachofen Ausg. Lehr. p. 133. 148. dag. Glück a. a. O. p. 78. v. Buchholtz p. 251.

jährigkeit keine Ersitzung möglich, wohl aber findet sie nachher auf Grund der neuen Veräußerung in gewöhnlicher Weise Statt. b) Wenn ein für volljährig erklärter minor unbewegliche Sachen verschenkt hat*). Bewegliche kann er ohnehin mit voller Gültigkeit veräußern; nur bei Immobilien bedarf er der obrigkeitlichen Bestätigung. In anderen Fällen wird dieser Mangel durch fünfjährige Verjährung ersetzt; nicht so bei Schenkungen, denn diese sind ungültig, selbst wenn die Obrigkeit ihre Bestätigung gegeben haben sollte. Demungeachtet will Justinian, daß nach beendeter Minderjährigkeit auf den Grund einer solchen Schenkung die ordentliche Verjährung eintrete (vgl. den Schluß der L. 3. C. cit.). Wenn er dabei bloß der zehn- und zwanzigjährigen Verjährung gedenkt, während damals für Italische Grundstücke noch eine zweijährige Ersitzung galt, so erklärt sich dieß daraus, daß die alte Usucapion noch vortheilhafter gewesen wäre als die fünfjährige Präscription und deshalb ausgeschlossen bleiben mußte, wo Justinian nicht einmal die letztere anerkennen wollte. Auch wäre es möglich, daß jene deshalb unbeachtet blieb, weil Grundstücke Italischen Rechts dazumal im Justinianischen Rechte nicht so häufig waren.

VI.

Verjährung in Beziehung auf Verlassenschaften.

1. Allgemeine Bemerkungen.

§. 164.

Insoferne das Verlassenschaftsrecht in alle Zweige des Vermögensrechts eingreift, wird es nöthig, von der Verjährung bei Verlassenschaften in diesem Buche zu handeln. Die Verjährung läßt sich nun

---

*) An einem Titel fehlt es hier nicht, da dem für volljährig Erklärten nicht die Fähigkeit zu schenken abgeschnitten ist, (wie dieß Marezoll a. a. O. behauptet. s. dag. v. Buchholtz a. a. O. p. 257.) sondern bloß das Veräußerungsverbot der oratio Severi die Wirksamkeit der Schenkung hindert. (L. 2. §. 1. C. de his q. ven. 2. 45. Rudorff a. a. O. p. 409.). Dasselbe

I. in der Art denken, daß bei den einzelnen in der Verlassenschaft begriffenen Vermögensstücken zum Nachtheile des Erben eine Verjährung eintritt, welche ganz auf denselben Grundsätzen beruht, die überhaupt bei der Art der Verjährung, von welcher eben die Rede ist, geltend sind. So kommt namentlich 1) in Ansehung der körperlichen Vermögensstücke, welche zur Erbschaft gehören, eine Verjährung in doppelter Art vor. Es wird nicht nur erstens eine gegen den Erblasser bereits angefangene Eigenthumsverjährung gegen den Erben fortgesetzt, sondern es konnte auch zweitens geschehen, daß ein Nichterbe eine usucapio pro herede begann, und dadurch auf Kosten des wirklichen Erben Eigenthum erwarb (vgl. §. 106. 107.). Durch dreißigjährigen Besitz wird er sogar ohne einen Rechtsgrund, wenn nur der Besitz übrigens nicht ohne Redlichkeit ist, Eigenthum erlangen können (vgl. §. 104.). 2) Auch die erwerbende Ersitzung der Dienstbarkeiten läuft gegen den Erben fort, wenn sie gegen den Erblasser angefangen hatte, so wie umgekehrt ein zur Erbschaft gehöriges Dienstbarkeitsrecht durch fortgesetzten Besitz der Freiheit oder durch fortdauernden Nichtgebrauch (non usus) verloren gehen kann. Dasselbe gilt von denjenigen Rechten, deren Verjährung auf ähnliche Weise beurtheilt wird, wie die Verjährung bei den Dienstbarkeitsrechten. 3) Endlich können auch Schuldfoderungen, die zur Erbschaft gehören, durch fortgesetzte Nichtausübung des Klagerechts für den Erben verloren gehen, ohne daß die Verjährungszeit gegen sie von neuem gerechnet würde.

II. Es läßt sich eine besondere Verjährung der erbschaftlichen Rechte als solche denken. Zwar giebt es 1) keine Erwerbung der Erbschaft im Ganzen durch Besitz, weil die Erbschaft als ein Ganzes unkörperlich ist, und deswegen auch gar keinen Besitz zuläßt [554]). Dagegen finden wir allerdings, 2) daß

---

gilt von den Minderjährigen, welche factisch ohne Curator leben. Ueberhaupt dürfen wir in dem Schlußsatze „Cum autem etc.", der ja nur die Anwendung des ersten Theils der Constitution auf die Schenkung ausschließen soll, das Vorhandensein der sonstigen Requisite der long. temp. praescr. stillschweigend voraussetzen. vgl. L. 4. C. si quis ignor. 5. 73. Glück a. a. O. p. 95.

554) Merkwürdig ist, daß nach einer Nachricht bei Gaius (II. 54.) wirklich in früherer Zeit („olim" sagt Gaius) angenommen wurde, die Erbschaft als ein Ganzes sei Gegenstand der usucapio, und werde binnen Jahresfrist

unter gewissen Voraussetzungen das Recht des Erben einer aufhebenden Verjährung in der Art unterworfen ist, daß die verzögerte Erklärung der Annahme sein Recht zur Erbschaft völlig ausschließt, und nunmehr der zunächst stehende Erbe gerufen wird. Ich werde dieses im folgenden §. näher untersuchen. Endlich 3) darf auch nicht übersehen werden, daß die Erbschaftsklage (hereditatis petitio) allerdings einer Verjährung unterliege. Insoferne nun diese Klage ganz eigenthümlich dazu bestimmt ist, Ansprüche zu verfolgen, bei welchen es auf den Beweis des Erbrechts ankommt, es mögen diese nun die ganze Erbschaftsmasse, oder die einzelnen Erbschaftsstücke betreffen, so unterliegen dadurch die erbschaftlichen Rechte gewissermaßen

---

erseffen. Wie lange diese Ansicht sich erhalten hat, wissen wir nicht. Seneca (de benef. VI. 5. §. 3.) kann nicht begreifen, wie die Rechtsgelehrten behaupten können, daß die Erbschaft (als Ganzes) nicht Gegenstand der Ersitzung sei, während doch die einzelnen Erschaftsstücke der Verjährung unterworfen seien, „tanquam quid quam aliud sit hereditas, quam ea, quae in hereditate sunt.“ Als ein Laie mag er entschuldigt werden, wenn dieses für ihn „acutae ineptiae“ der Rechtsgelehrten sind. — Eine Andeutung, welche wir bei Cicero über die usucapio pro herede finden, ist so dunkel, daß wir nicht mit Bestimmtheit daraus entnehmen können, weder ob zu Cicero's Zeit eine Verjährung des Erbfolgerechts angenommen wurde, noch auch, ob das Gegentheil der Fall war. Die Stelle selbst ist folgende Cic. de legib. II. 21. „Tertio loco (nämlich sacris adstringitur), si nemo sit heres, is, qui de bonis, quae eius fuerint, cum moritur, usuceperit plurimum possidendo.“ Man kann annehmen, daß derjenige, welcher den größeren Theil der Verlassenschaftssachen im Besitz gehabt hatte, so angesehen wurde, als habe er überhaupt die Verlassenschaft im Besitze gehabt, und daß er in Beziehung auf diese Annahme durch die Verjährung das Erbrecht erlangte, und mit ihm alle Ansprüche und Verpflichtungen, namentlich auch die gottesdienstlichen Obliegenheiten. Man kann aber auch annehmen, daß noch zu der Zeit, als die usucapio pro herede aufgehört hatte, eine Erwerbungsart des Erbrechtes selbst zu sein, und bloß ein Recht auf die körperlichen Gegenstände gewährte, die den Gegenstand des Besitzes ausgemacht hatten, die gottesdienstlichen Obliegenheiten demjenigen zufielen, welcher von der usucapio pro herede den meisten Gewinn gezogen hatte. Vgl. Zeitschr. f. gesch. R.-W. Bd. 3. S. 367 fgg., [verm. Schr. Bd. I. p. 157 ff.], wo übrigens von Savigny auf den hier berührten streitigen Punkt gar nicht eingehen konnte, weil damals (d. h. vor Auffindung des Veronesischen Gaius) an eine Begründung des Erbrechts durch usucapio pro herede gar nicht zu denken war. [Mit Recht erklärt sich für die letztere Alternative wegen der Stellung des Usucapienten hinter den Legataren, wogegen er nach der älteren Theorie Cic. l. l. cap. 20. vor denselben genannt war, Huschke ebd. Bd. XIV. p. 155. 156.]

einer eigenen Verjährung. Im 167. u. fgg. §§. soll davon noch genauer gehandelt werden. Von einer unmittelbaren Aufhebung des Erbrechts durch Nichtgebrauch ist diese Verjährung der Erbschaftsklage sehr verschieden; denn diese setzt z. B. einen Besitz der Erbschaftssachen voraus und kann in Ansehung der besitzlos gebliebenen Verlassenschaftsstücke nicht eintreten. Es ist deswegen auch unrecht, wenn man mit Beziehung auf die dreißigjährige Verjährung der Erbschaftsklage so geradezu sagt, das Recht, die Erbschaft anzutreten, erlösche nach dem neueren Römischen Rechte durch einen Zeitablauf von dreißig Jahren. 4) Verwandt mit der gegen die Erbschaftsklage eintretenden Verjährung ist die vierjährige Verjährung, wodurch die Ansprüche des öffentlichen Schatzes auf erblose Verlassenschaften beschränkt werden. Es wird davon in der Folge die Rede sein, wo auch gezeigt werden soll, daß diese Verjährung nicht als eine ersitzende angesehen werden darf, indem sie lediglich darauf beruht, daß der Staatsschatz sich der erledigten Verlassenschaft nicht bemächtigt hat. Die Zeit fängt an zu laufen, sobald die Erblosigkeit entschieden ist.

Ein eigenthümliches, die Verlassenschaft betreffendes Recht ist auch das den Erbschaftsgläubigern zustehende Absonderungsrecht (separatio), welches zur Anwendung kommt, wenn das Vermögen des Erben wegen Zahlungsunfähigkeit von den Gläubigern in Beschlag genommen und ihrer Befriedigung wegen zur Veräußerung (bonorum venditio) geschritten wird. Dieses Recht, zufolge dessen sie verlangen können, daß die erbschaftlichen Vermögensstücke vorzugsweise zu ihrer Befriedigung verwendet werden sollen, ist an eine von der Erbschaftsantretung an zu rechnende Frist von fünf Jahren gebunden (l. 1. §. 13. D. de separat. 42. 6.).

2. Verlust des Erbrechts durch Verzögerung der Annahme.*)

§. 165.

Es kann, wenigstens für das vorjustinianische Recht, als ausgemacht gelten, daß die im gesetzlichen Rechte begründete

*) Vgl. Witte in Weiske's Rechtslex. Bd. I. p. 887 ff. Mühlenbruch Comm. Bd. 41. p. 277 ff. Grosch De iuris deliberandi origine Vratisl. 1839. Leist Bonor. possess. II. 1. Götting. 1848. p. 319 ff.

Erbfolge (hereditas) keineswegeś an eine bestimmte Antretungsfrist geknüpft ist. Nur wenn dem Erben bei der Erbeinsetzung eine binnen einer festgesetzten Zeit bestimmt auszusprechende Entscheidung (cretio) zur Pflicht gemacht ist, findet eine Ausnahme Statt[555]). Diejenigen, denen daran gelegen ist, daß der Erbe sich ohne längeres Zögern erkläre, ob er die Erbschaft haben will, oder nicht, können sich dadurch helfen, daß sie ihn gerichtlich bedrängen, was die Folge hat, daß ihm allenfalls noch eine Frist zur Ueberlegung (spatium deliberandi) bewilligt wird (l. 1. §. 1. D. de iure del. 28. 8.) mit dem Bedrohen, es werde im Fall einer noch längeren Zögerung angenommen werden, er habe sich so entschieden, wie es der Vortheil derjenigen erheischt, welche die Ansetzung der Frist veranlaßt haben. Wenn also Gläubiger angetragen haben, so wird der Zögernde so behandelt, als ob er die Erbschaft angenommen hätte; eben so, wenn diejenigen, welche Vermächtnisse bekommen sollen, auf eine Erklärung gedrungen haben*). Sind es dagegen Anwartschaftserben gewesen (z. B. heredes substituti), so nimmt man in Folge der Zögerung an, daß in dem Schweigen eine Ausschlagung der Erbschaft enthalten sei[556]). Die

---

555) Vgl. Gai. II. 164—173.; Ulp. XXII. 27—34. Gewöhnlich wurden hundert Tage Frist vergönnt, und zwar so, daß man die Worte „quibus scies poterisque“ ausdrücklich hinzufügte (vulgaris cretio); denn nur unter dieser Voraussetzung wurde die Unwissenheit und die Verhinderung des Erben berücksichtigt; außerdem wurde nach aller Strenge von dem Erbanfalle an gerechnet (continua cretio). Sonst war auch noch ein Unterschied, ob die Worte si non creveris, exheres esto, in der Erbeinsetzung enthalten waren, oder nicht. Im letzten Falle (cretio imperfecta) konnte der Erbe die cretio unterlassen, wenn er nur sonst auf irgend eine Weise zu erkennen gab, daß er Erbe sein wolle; und seit Marc Aurel hat er alsdann [trotz der hinzugefügten Substitution] ganz dieselben Rechte, als wenn er sich bestimmt ausgesprochen hätte, [während er bis dahin, wenn er die cretio versäumte, mit dem Substituten hatte theilen müssen. Gai. II. §. 177. 178. Ulp. XXII. 34.]

*) Vgl. auch Sintenis Civ.-R. III. §. 184. Not. 3. — Allein, daß bei Versäumniß der auf Antrag der Gläubiger gesetzten Deliberationsfrist ebenfalls die Klagen verweigert wurden, sagt ausdrücklich Gai. II. 167. cf. III. 78. L. 23. §. 2. D. H. I. 28. 5. Und daß in Betreff der Legatare etwas Anderes gegolten habe, ist mindestens nicht nachzuweisen s. v. Vangerow Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 22. p. 152. Not. 4. Mühlenbruch a. a. O. p. 283 f. 393.

556) L. 69. D. de A. v. O. H. 29. 2. „. . . . Intra quem diem nisi aut adeat aut pro herede gerat, denegamus ei actiones.“ Es ist hier vorher

Besinnungsfrist wurde bis auf Justinian nach Ermessen länger oder kürzer bestimmt (l. 1. §. 2. D. de iure del. 28. 8.), betrug jedoch nie weniger als hundert Tage (l. 2. D. ib.); in außerordentlichen Fällen wurde sogar auf wiederholten Antrag eine neue Frist bewilligt (l. 3. 4. D. ib.). Justinian verbietet die Verlängerung und will, daß eine beim Kaiser selbst nachgesuchte Besinnungsfrist nicht über ein Jahr, und eine bei einem untergeordneten Gericht nachgesuchte nicht über neun Monate bewilligt werde (l. 22. §. 13. C. eod. 6. 30.).

Anders verhält es sich mit der im prätorischen Rechte begründeten Ertheilung des Erbschaftsbesitzes (bonorum possessio). Diese kann von Eltern des Verstorbenen nur innerhalb eines Jahres, bei allen übrigen Erben nur binnen hundert Tagen nachgesucht werden [557]). Doch sind diese Fristen mit billiger Berücksichtigung der Hindernisse (utiliter) zu berechnen [558]). Wer

---

ein Fall vorgetragen, wo der Prätor zu Gunsten des Anwartschaftserben eine Frist gesetzt hatte. [cf. L. 10. D. de iur. del.] Es versteht sich von selbst, daß den Gläubigern mit einem solchen Verfahren wenig gedient sein konnte; am aller verkehrtesten wäre es aber gewesen, wenn es darauf ankam, denjenigen, welche Vermächtnisse erwarteten, zu Hülfe zu kommen. Hier mußte also gerade umgekehrt der Zögernde so behandelt werden, als wenn er sich für die Annahme erklärt hätte. Justinian verfügt daher auch in der l. 22. §. 14. C. de iure delib. 6. 30., daß derjenige, welcher sich nicht innerhalb der erbetenen Ueberlegungsfrist ausdrücklich gegen die Annahme erkläre, gleich einem Antretenden behandelt werden solle. Offenbar setzt er dabei voraus, daß es die Gläubiger sind, welche auf eine Erklärung gedrungen haben, denn er hat bei der ganzen Verordnung immer nur das erbschaftliche Schuldenwesen im Auge. Gewiß aber ist ihm nicht eingefallen, die höchst zweckmäßige Bestimmung der l. 69. cit. aufzuheben; diese findet also in den Fällen, wo Anwartschaftserben betheiligt sind, noch immer ihre Anwendung. [A. M. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41. p. 391 ff.]

557) §. 9. 10. I. de bon. poss. 3. 9.; l. 2. C. qui adm. poss. ad b. p. 6. 9. Uebrigens fand die verlängerte Zeitfrist bei den Kindern nicht bloß dann Anwendung, wenn sie die bonorum possessio unde liberi suchten, sondern auch wenn sie als agnati auf die b. p. unde legitimi Anspruch machten, oder aus dem allgemeinen Grunde der Blutsverwandtschaft (unde cognati) zur Erbschaft gelangen wollten l. 4. §. 1. D. quis ordo 38. 15.

558) Das Nähere enthalten folgende Stellen. L. 2. D. quis ordo. „Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere. Ceterum quacunque die nescierit aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. Fieri autem potest,

demnach bloß in Folge des prätorischen Edicts und nicht zugleich nach gesetzlichem Erbrechte Anspruch auf eine Erbschaft machen konnte, dem waren diese Fristen besonders wichtig, wäh-

---

ut, qui initio scierit vel potuerit bonorum possessionem admittere, hic incipiat nescire vel non posse admittere; scilicet si, cum initio cognovisset, eum intestatum decessisse, postea quasi certiore nuntio allato dubitare coeperit, numquid testatus decesserit, vel numquid vivat, quia hic rumor postea perrepserat. Idem et in contrarium accipi potest, ut qui ignoravit initio, postea scire incipiat. §. 1. Dies bonorum possessionis utiles esse palam est; sed non sessionum numerabuntur, si modo ea sit bonorum possessio, quae de plano peti potuit. Quid si ea, quae causae cognitionem pro tribunali desiderat vel quae decretum exposcit? Sessiones erunt nobis computandae, quibus sedit is, quibusque per ipsum praetorem factum non est, quo minus daret bonorum possessionem. §. 2. In bonorum possessione, quae pro tribunali datur, illud quaeritur, si sedit (*Flor.* se dedit) quidem praetor pro tribunali, sed postulationibus non dedit. Potest dici, tempus ad bonorum possessionem non cedere, cum praeses aliis rebus, aut militaribus, aut custodiis, aut cognitionibus fuerit occupatus. §. 3. Si praeses provinciae in proxima fuerit civitate, accedere debet ad utilitatem temporis ratio itineris, scilicet numeratione XX millium passuum facta; nec enim exspectare debemus, ut praeses provinciae veniat ad eum, qui bonorum possessionem petiturus est. §. 4. Si venter in possessionem missus sit, bonorum possessionis tempus non cedere sequentibus, nequaquam ambigendum est, nec tantum intra centesimum diem, verum etiam quamdiu nasci possit. Nam etsi natus fuerit, ante ei deferri bonorum possessionem sciendum est. §. 5. Scientiam eam observandam Pomponius ait, non quae cadit in iurisprudentes, sed quam quis aut per se, aut per alios assequi potuit, scilicet consulendo prudentiores, ut diligentiorem patremfamilias consulere dignum sit.“ L. 3. ibid. „Circa tempora bonorum possessionis patris scientia ignoranti filio non nocet.“ L. 5. ibid. „Cum filiofamilias bonorum possessio delata est, dies, quibus certiorare patrem non potest, ut vel iubeat agnosci bonorum possessionem, vel ratam habeat agnitionem bonorum possessionis, non cedunt. Fingamus, statim primo die, quo fuerit delata, agnovisse eum bonorum possessionem, certiorare patrem, ut comprobet, non posse; non cedent dies centum, incipient autem cedere, cum certior fieri potuit; praeteritis autem centum diebus, frustra ratum habebit. §. 1. Quaeri potest, si, cum posset filius petere bonorum possessionem, patre ita absente, ut certiorare eum non possit, vel etiam furente, petere neglexerit, an peti amplius non possit. Sed quid noceat, non petitam bonorum possessionem, quae, si petita esset, tamen non ante acquireretur, quam pater comprobasset? §. 2. Si servus alienus heres institutus veniisset, quaeritur, an posteriori domino dies bonorum possessionis petendae imputari oporteret? Et placet, quantum priori domino superfuerit, ei imputari.“ L. 8. C. qui adm. ad b. p. 6. 9. „Quicunque res ex parentum vel proximorum successione iure sibi competere

rend das gesetzliche Erbrecht an und für sich betrachtet von diesen Beschränkungen unabhängig war (l. 1. C. de suis et legit. 6. 55.). Minderjährige sind im vorjustinianischen Rechte zwar an und für sich gegen den Ablauf dieser Fristen nicht geschützt (l. 2. C. si ut omiss. hered. 2. 40.), haben aber Anspruch auf in integrum restitutio; in Folge der l. 5. C. in quib. caus. i. i. r. (§. 35.) muß man aber annehmen, daß dem Minderjährigen an und für sich schon die Verjährungszeit nicht schaden könne[558a]).

§. 166.

In diesen Grundsätzen soll nun, wie man oft behauptet hat, durch das Justinianische Recht eine höchst wesentliche Veränderung bewirkt worden sein*). So viel ist gewiß, daß in

---

confidit, sciat, sibi non obesse, si per rusticitatem vel ignorantiam facti, vel absentiam, vel quamcunque aliam rationem intra praefinitum tempus bonorum possessionem minime petiisse noscatur, quoniam haec sanctio huiusmodi consuetudinis necessitatem mutavit."

558a) Cuiacius (ad L. 30. D. de minor. O. O. Tom. I. col. 871 sq.) glaubt, der Minderjährige bedürfe noch nach Justinianischem Rechte der in int. rest., denn Justinian habe bloß verordnet, daß die temporales praescriptiones nicht wirksam sein sollten gegen Minderjährige; die prätorischen Fristen der Erbannahme bewirkten aber, daß der Anspruch auf bonorum possessio schon ipso iure wegfiel. Allein man bedenke die Allgemeinheit des in L. 5. C. cit. angeführten Grundes und die erweiterte Bedeutung von temporalis praescriptio, die sogar erlaubt, die usucapio darunter zu begreifen. Die Aufnahme der L. 2. C. si ut omiss. hered. erklärt sich daraus, daß es noch für das Justinianische Recht wichtig war, zu wissen, in welchen Fällen früher in int. rest. Statt fand, weil L. 5. C. cit. sagt „in omnibus casibus, in quibus vetera iura .... per in integrum restitutionem .... subveniebant, eas (temporales praescriptiones) ipso iure non currere." Damit widerlegt sich auch der Grund Thibaut's Bes. u. Verj. §. 67. [In dem letzten Punkte wird man dem Verf. Recht geben, nicht so in der Hauptsache. Hier würde seine Meinung zu der Consequenz führen, daß den Minderjährigen keinerlei Fristen mehr gesetzt seien. Juristische Personen haben allerdings das „ganz exorbitante Privilegium", daß die Versäumniß der Agnitionsfristen durch ihre Vertreter ihnen nicht schadet. L. 3. §. 4. D. de B. P. 37. 1. Leist a. a. O. II. 2. p. 324. Streitig war schon bei den Römischen Juristen, ob dem infans und furiosus die Agnitionszeit während des Wahnsinns und der infantia laufe. vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 42. p. 448. Not. 18.]

*) Vgl. Thibaut Versuche Bd. II. Nro. 7. v. Buchholz i. d. Gieß. Zeitschr. Bd. X. p. 386—449. v. Vangerow Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 22.

Folge der l. 22. §. 1. 3. C. de iure del. 6. 30. dem Erben eine dreimonatliche, und für den Fall der Abwesenheit eine jährige Frist gesetzt ist, binnen welcher er sich für die Annahme erklären soll. Der Ablauf dieser Frist bewirkt, daß demjenigen, der sich späterhin für die Annahme erklärt, das beneficium inventarii nicht mehr zu Gute kommen kann[559]). Justinian soll aber, wie Manche behaupten, weit mehr geändert haben. So z. B. finde ich bei Thibaut (Vers. üb. einz. Thle d. Theor. d. R. Th. 2. S. 181.; über Bes. u. Verj. S. 164.) die Behauptung, daß nach der Bestimmung Justinian's das Recht der Erbschaftsannahme überhaupt nach einem Jahre verloren gehe. Mir scheint jedoch hiebei eine falsche Auslegung zum Grunde zu liegen. Die Stelle, auf welche es ankommt, ist folgende:

---

p. 151—212. Puchta in Richter's krit. Jahrb. 1840. p. 7—16. Arndts ebd. p. 17—29. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41. p. 295 ff. Weitere Citate s. bei v. Vangerow a. a. O. und Pand. §. 499. Anm.

559) Diese Wirkung tritt denn natürlich sowohl bei der auf gesetzlichem Rechte beruhenden Erbfolge, als auch bei dem prätorischen Erbfolgerechte ein. [Andere haben auch in L. 22. §. 1. C. cit. eine dreimonatliche gesetzliche Deliberationsfrist erblicken wollen, entweder so, daß nach deren vergeblichem Ablaufe der Erbe als antretend, (Marezoll Arch. f. d. civ. Prax. Bd. VIII. p. 268 ff. vgl. Mühlenbruch Pand. §. 703. Not. 10.) oder daß er als ausschlagend (v. Buchholtz a. a. O.) fingiert werde. Gegen diese Auffassung der Stelle, welcher die Aufnahme der L. 19. C. eod. mit ihrer jährigen Transmission, die vielfache Erwähnung der centum dies und des annus utilis für die Agnition der bonorum possessio in Pandecten und Codex, die L. 36. §. 2. C. de inoff. test. 3. 28. und Nov. 158. entgegenstehen, und die in der abweichenden Lesart einer Göttinger Handschrift, (ei apertissime . . . . heredem, renuntiet . . . . et sit alienus) welche allerdings noch durch ein Leipziger und zum Theil auch durch ein Bamberger Manuscript unterstützt wird, (s. Herrmann im Kriegelschen Corpus Juris in den Noten zu unserer Constitution) in dem Texte der Basiliken (35. 18. c. 22.) und dem Pseudo-Eustathius (cap. 15. §. 2.) einen nur geringen Anhalt findet, vgl. vornehmlich v. Vangerow a. a. O. p. 168 ff. und nunmehr auch Mühlenbruch Comm. Bd. 41. p. 327 ff. 350 ff. Dagegen verdient es keine Billigung, wenn der Verf. und v. Vangerow a. a. O. §. 19. 20. in dem §. 1. die Vorschrift enthalten glauben, nach dem Verstreichen der drei Monate dürfe der berufene Erbe kein beneficium inventarii mehr in Anspruch nehmen, (dieß war schon verloren, wenn der Beginn der Inventarisation sich über dreißig Tage verzögerte L. 22. cit. §. 2. vgl. v. Vangerow a. a. O. Not. 64.). oder Puchta (a. a. O. p. 12—16. Pand. §. 498 a. E. Vorl. ebd.) unter Zugrundelegung des Göttinger Textes nach jener Zeit den Erben den Nachtheilen unterwirft, welche bei erbetener Deliberationsfrist an die Versäumniß gehöriger Inventarisation geknüpft sind. vgl. Mühlenbruch Comm. Bd. 41. p. 343—345. 347—350.]

L. 19. C. de iur. del. 6. 30. „Cum antiquioribus legibus et praecipue in quaestionibus Iulii Pauli invenimus, filiosfamilias paternam hereditatem deliberantes posse et in suam posteritatem hanc transmittere ....., eam deliberationem et in omnes successores sive cognatos sive extraneos duximus esse protelandam. Ideoque sancimus: (1.) si quis vel ex testamento, vel ab intestato vocatus deliberationem meruerit, vel hoc quidem non fecerit, non tamen successioni renuntiaverit, ut ex hac causa deliberare videatur, sed nec aliquid gesserit, quod aditionem vel pro herede gestionem inducit, praedictum arbitrium in successionem suam transmittat, ita tamen, ut unius anni spatio eadem transmissio fuerit conclusa. (2.) Et siquidem is, qui, sciens hereditatem sibi esse vel ab intestato vel ex testamento delatam, deliberatione minime petita intra annale tempus decesserit, hoc ius ad suam successionem intra annale tempus extendat. (A.) Si enim ipse, postquam testamentum fuerit insinuatum, vel ab intestato vel aliter ei cognitum sit, heredem eum vocatum fuisse, annali tempore translapso nihil fecerit, ex quo vel adeundam, vel renuntiandam hereditatem manifestaverit, is cum successione sua ab huiusmodi beneficio excludatur. (B.) Sin autem instante annali tempore decesserit, reliquum tempus pro adeunda hereditate suis successoribus sine aliqua dubietate relinquat, quo completo nec heredibus eius alius regressus in hereditatem habendam servabitur."

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß Justinian einen Entschluß über die Annahme oder Nichtannahme einer Erbschaft (deliberatio) auch nach dem Tode des berufenen Erben zu Gunsten des Erbeserben noch zulassen will. In dieser Hinsicht verordnet er: 1) Wenn der berufene Erbe sich eine Ueberlegungsfrist hatte geben lassen (welche noch nicht verstrichen sein darf), so sollen die Erbeserben [den Rest derselben, aber höchstens bis zum Ablauf eines Jahres, seit ihrem Erblasser der Erbfall bekannt wurde] zur Entschließung haben [vgl. v. Buchholtz Jurist. Abh. p. 78 ff. Mühlenbruch Comm. Bd. 41. p. 322 ff.]; auch wenn der gerufene Erbe sich keine Ueberlegungsfrist erbeten habe, solle die Uebertragung des Ueberlegungsrechts auf die Erbeserben [innerhalb jenes Jahres] Statt finden. 2) Eine Ausnahme soll eintreten, wenn der gerufene Erbe bereits Kenntniß von dem Erbanfalle erlangt, und den-

noch keine Ueberlegungsfrist erbeten hatte. In diesem Falle muß man unterscheiden: A) wenn, von der Zeit der erlangten Kenntniß an gerechnet, bei dem Tode des Erben bereits ein Jahr verstrichen ist, so können die Erbeserben ein weiteres Ueberlegungsrecht für sich nicht in Anspruch nehmen. B) Wenn von der Zeit der erlangten Kenntniß an ein volles Jahr noch nicht verstrichen ist, so kommt das, was noch an Zeit übrig war, den Erbeserben zu Gute, die alsdann diesen Zeitraum benutzen müssen, um sich über die Annahme zu erklären.

Demnach wäre Alles im Reinen, wenn nicht in der Verordnung bei dem Falle 2. A. ein verfänglicher Ausdruck*) vorkäme. Es heißt nämlich, wenn der gerufene Erbe das Jahr versäumt habe, so solle er cum successione sua ab huiusmodi beneficio ausgeschlossen sein. Man kann allerdings zweifeln, ob hier unter beneficium das beneficium transmissionis oder überhaupt das Recht, sich über die Annahme oder Nichtannahme der Erbschaft zu entscheiden, verstanden werden soll. Das letzte möchte wahrscheinlicher erachtet werden, weil es heißt: er und seine Erbfolger sollen das beneficium verlieren, der Verlust des beneficium transmissionis aber nicht so wohl den Erben selbst, als vielmehr bloß die Erbeserben trifft. Dagegen kommt aber wieder in Betracht, theils daß die ganze Verordnung nirgends eine Absicht verräth, die eigenen Rechte des Erben zu verkürzen, theils auch, daß die Befugniß der transmissio, weil sie etwas Außerordentliches ist, mit besserem Grunde ein beneficium genannt werden kann, als das sich von selbst verstehende Recht des gerufenen Erben, die Erbfolge anzunehmen oder auszuschlagen; theils endlich, daß man das Recht der transmissio füglich als ein dem gerufenen Erben selbst zu

---

*) Auch auf das *nec* heredibus eius am Schlusse der Constitution hat man Gewicht gelegt (Thibaut Vers. II. p. 170. Mühlenbruch Pand. §. 703. Not. 8.) und daraus gefolgert, auch der Erbe könne nach Ablauf der Frist nicht mehr antreten. Dieß ist unrichtig; nicht weil die Frist verstrichen, sondern weil er selbst verstorben, ist die Antretung des Erben unmöglich. s. v. Vangerow a. a. O. p. 168. Ueberhaupt aber dürfte in jenen Worten bloß ein Gräcismus enthalten, nec, wie οὐδέ im Griechischen, nur ein verstärktes non sein. vgl. Zachariae in Richter's und Schneider's Jahrb. 1846. p. 840.

Gute kommendes beneficium betrachten kann*), weil ihm doch auch daran gelegen sein muß, daß seinen Erben die ihm selbst angefallene, aber noch nicht angetretene Erbschaft nicht entgehe.

3. Beseitigung der Erbschaftsklage durch Verjährung.

§. 167.

Da alle klagbaren Ansprüche einer dreißigjährigen (ausnahmsweise auch wohl einer vierzigjährigen) Verjährung unterworfen sind, so gilt dieß auch von der Erbschaftsklage; ja es ist sogar in der l. 3. C. de praescr. XXX vel XL ann. (vgl. §. 18.) ausdrücklich gesagt, daß die Regel der dreißigjährigen Verjährung auch für die („actiones de universitate") gelten solle[560]). Demnach wird 1) der Besitzer**) einer erbschaftlichen Sache, wenn er als Erbe oder ohne allen Rechtsgrund (pro herede vel pro possessore) sich den Besitz anmaßt, und deswegen mit der Erbschaftsklage in Anspruch genommen wird, auf die dreißigjährige (oder vierzigjährige) Verjährung sich berufen können. Es wird dadurch für ihn dieselbe rechtliche Folge eintreten, wie wenn der Besitzer einer Sache mit einer besonderen dinglichen Klage (in rem specialis actio) belangt wird, und sich gegen dieselbe durch die Berufung auf dreißigjährige Verjährung schützt, so daß der besondere Umstand, daß gegen den Besitzer der erbschaftlichen Sache hier kein Eigenthumsanspruch erhoben, sondern mit der Erbschaftsklage gegen ihn gestritten wird, in Beziehung auf das Verjährungsrecht durchaus keinen Unterschied macht. 2) Wenn ein Schuldner des Erblassers die Zahlung der Schuld an den Erben verweigert, indem er selbst

---

*) Vgl. v. Vangerow a. a. O. p. 162. Not. 19. Für einen Gräcismus erklärt das „is cum successione sua" an Statt „successio eius" Zachariae a. a. O.

560) Die longi temporis praescriptio findet dagegen nicht Statt. L. 7. C. de H. P. 3. 31. „Hereditatis petitionem, quae adversus pro herede vel pro possessore possidentes exerceri potest, praescriptione longi temporis non summoveri, nemini incognitum est, cum mixtae personalis actionis ratio hoc respondere compellat . . . . " Vgl. l. 4. C. in quib. caus. cess. l. t. pr. 7. 34.

**) Erst von der Besitznahme an läuft also die Verjährung. Seuffert Arch. X. 186.

der Erbe zu sein behauptet, und deswegen die Erbschaftsklage als die geeignete Klage erscheint, welche gegen ihn angestellt werden muß, so findet natürlich die dreißigjährige Verjährung ebenfalls Anwendung. Aber hier hat dieses eine Besonderheit zur Folge. Die gewöhnliche Schuldverjährung mochte schon bei Lebzeiten des Erblassers angefangen haben, indem die Schuld fällig, und folglich die Schuldklage begründet war. Die Erbschaftsklage kann dagegen erst mit dem Tode desselben begründet sein, und so kann die dreißigjährige Verjährung gegen dieselbe auch nun erst ihren Anfang nehmen.

Der Anfang dieser Verjährung ist, wie ich glaube annehmen zu dürfen, die Zeit des Erbanfalls, nicht aber die Zeit der Annahme. Zwar wird erst durch diese Annahme die Erbschaftsklage eigentlich begründet; allein wenn nur erst die Erbschaft angefallen ist, so hängt es ja von dem Willen des Erben ab, sich für die Annahme zu erklären; ja die Anstellung der Klage selbst ist eine solche Erklärung [561]). Inzwischen muß bemerkt werden, daß die Erbschaftsklage, insoferne sie den körperlichen Bestandtheil des Nachlasses zum Gegenstande hat, geradezu als unmöglich erscheint, so lange nicht Jemand sich im Besitze der Erbschaft oder eines zur Erbschaft gehörigen Vermögensstücks befindet, und so, daß er sich dabei ein Erbrecht beilegt*). Eine Unterbrechung dieses Besitzes unterbricht alsdann auch die Verjährung der Erbschaftsklage. Wenn also z. B. der entferntere Verwandte erst einige Zeit nach dem Tode des Erblassers die Verlassenschaft in Besitz nimmt, so wird auch erst von jetzt an die Erbschaftsklage der Verjährung unterliegen.

§. 168.

Hier ist denn auch noch eine sehr alte Meinung zu berühren, zufolge welcher die Verjährung gegen die Erbschaftsklage auf neunzig, und sogar auf hundert und zwanzig Jahre anwachsen soll. Das prätorische Edict hat, wie schon erwähnt worden ist, die Fristen für die Erbittung der bonorum possessio so bestimmt, daß den zunächst im Edicte Gerufenen eine Zeit

---

561) Diese Behauptung ist ganz im Geiste desjenigen Rechts, welches nach l. 36. §. 2. D. de inoff. bei der inofficiosi querela gilt. Vgl. §. 169.

*) Vgl. auch Arndts in Weiske's Rechtslex. Bd. V. p. 234.

von hundert Tagen, oder wenn es Eltern oder Kinder sind, ein Jahr zur Erklärung gegönnt ist; nach Ablauf dieser Frist kam die Reihe an diejenigen, welche in der zunächst folgenden Ordnung gerufen waren, u. s. w. (l. 1. D. de success. ed. 38. 9.). Da nun insbesondere die Kinder in dem Edicte mehrmals zur bonorum possessio gerufen sein konnten, und das Versäumen des früheren Rufs den wiederholten Ruf keineswegees ausschließt, so mochte es sich treffen, daß ein Kind 1) nach dem Edicte unde liberi, 2) nach dem Edicte unde legitimi, endlich 3) nach dem Edicte unde cognati zur bonorum possessio gerufen war; ja es konnte sogar vorkommen, daß dem Kinde, weil es in der Erbeinsetzung begriffen, zunächst die b. p. secundum tabulas angeboten wurde, so daß eine viermalige Berufung Statt fand. Auf diese Weise konnte die den Kindern zur Anmeldung der bonorum possessio eingeräumte edictmäßige Frist von einem Jahre zu einer dreifachen und selbst zu einer vierfachen Jahresfrist anwachsen. Nun haben einige geglaubt, man müsse annehmen, die dreißigjährige Verjährung der Erbschaftsklage sei an die Stelle jener prätorischen Fristen getreten, und so müsse also auch eine Verdreifachung und Vervierfachung der dreißig oder vierzig Jahre erlaubt sein, was denn zu einer neunzigjährigen oder wohl gar hundert und zwanzigjährigen Verjährung hinführe. Es ist leicht zu erweisen, daß diese Ansicht ganz irrig ist. 1) Die Fristen, welche das prätorische Edict für die Annahme der bonorum possessio feststellt, haben mit der Verjährung der Erbschaftsklage schlechterdings nichts zu schaffen. Seitdem es nämlich eine dreißigjährige Verjährung der klagbaren Ansprüche und namentlich auch der erbschaftlichen Ansprüche giebt, mußte, abgesehen von jenen Fristen, diese noch besonders wirksam sein, denn es ist gar keine Frage, daß auch derjenige, welcher sich innerhalb der gesetzten Frist zur bonorum possessio gemeldet hatte, die Erbschaftsklage binnen dreißig Jahren anstellen mußte, wenn sie ihm nicht verloren gehen sollte. 2) Die Fristen gelten bloß für die Annahme der bonorum possessio; sie zu einem allgemein für die Erbfolge geltenden Rechte machen zu wollen, ist unzulässig. 3) Nach Justinianischem Rechte kann es in der Regel nicht mehr vorkommen, daß ein Kind in mehreren Ordnungen zur Erbfolge ab intestato gerufen werde; denn da Justinian in der nov.

118. die Erbfolgeordnung lediglich mit Rücksicht auf den Unterschied zwischen absteigender, aufsteigender und Seitenverwandtschaft anordnet, so wird ein Kind nur dann in mehreren Ordnungen gerufen, wenn es zugleich absteigender und Seitenverwandter ist, was sich bei mehrfacher Verwandtschaft, aber auch nur bei einer solchen, treffen kann. 4) Wenn man die Vereinfachung der dreißigjährigen Verjährung für alle Kinder zur Regel macht, so übersieht man noch überdieß, daß bei weitem nicht alle Kinder in Folge des successorium edictum einer mehrmaligen Frist genossen, indem niemals alle Kinder in dem edictum unde liberi enthalten gewesen sind.

Doch genug über eine Lehrmeinung, deren Irrigkeit gegenwärtig vielleicht allgemein anerkannt ist, wenn gleich noch hin und wieder angemerkt wird, daß sie an vielen Orten den Gerichtsgebrauch für sich habe. Ich zweifle inzwischen sehr, ob sich derselbe in neuerer Zeit der besseren Einsicht zum Trotze behauptet haben wird[562].

§. 169.

Die Dauer der erbschaftlichen Ansprüche richtet sich ganz nach den allgemeinen Grundsätzen, wenn die Erbfolge durch bonorum possessio oder in Folge eines Erbvermächtnisses (fideicommissum hereditatis vel partis hereditariae) begründet ist; denn wir wissen nicht anders, als daß die possessoria und fideicommissaria hereditatis petitio der aus dem eigentlichen ius civile begründeten völlig gleichgestellt sind (Dig. lib. V. tit. 5. 6.). Anders ist es bei der querela inofficiosi*), die im Grunde doch auch nichts anderes ist, als eine hereditatis petitio, der jedoch ein Antrag auf eine Art außerordentlicher Rechtshülfe gegen eine im Wege stehende Erbeinsetzung zum Grunde liegt, welche man wegen unbilliger Verletzung des Pflichttheils anzufechten

562) Vgl. Io. Iac. Seefeld (praes. Iac. Frid. Ludovici) diss. de praescr. nonagenar. Halae 1718. 4. 39 S. In dieser kleinen Schrift ist auch über das Geschichtliche dieser Lehrmeinung das Nöthige angegeben. Eine andere solche Schrift (Aug. Frid. Schott, diss. de iusto praescriptionis tempore in paterna hereditate petenda liberis definito. Lips. 1769.) kenne ich bloß aus Anführungen.

*) Vgl. Demelius Unters. Abh. I. §. 5. p. 30—39.

genöthigt ist. Eine solche mit einer Beschwerde über Pflichtwidrigkeit verbundene Erbschaftsklage muß nach den Grundsätzen des Römischen Rechts binnen fünf Jahren angestellt werden; nur „ex magna et iusta causa“ wird nach dieser Zeit die Klage zugelassen[563]. Es ist wahrscheinlich, daß diese Verjährungszeit einer Anwendung der Verordnung, welche den Zustand eines Verstorbenen (status defuncti) nach Ablauf von fünf Jahren anzufechten verbietet (vgl. §. 289.), ihren Ursprung verdankt (vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 7. S. 467., aber auch Mühlenbruch ebd. Bd. 35. p. 460.)*).

Ueber den Zeitpunkt, von welchem an der Lauf der Verjährung beginnt, stritten sich die Römischen Rechtsgelehrten. Modestinus rechnete denselben von dem Tode des Erblassers an, Ulpian dagegen erst von der Erbschaftsantretung des eingesetzten Erben. Da vor der Erbschaftsantretung eine Erhebung der querela inofficiosi ganz unmöglich ist, so scheint Ulpian entschieden Recht zu haben. Aber Modestinus nahm vermuthlich darauf Rücksicht, daß es ja von dem Verletzten abhängt, den eingesetzten Erben zu drängen, damit dieser sich über die Annahme oder Nichtannahme der ihm angefallenen Erbschaft erkläre, und daß eine Zögerung in dieser Hinsicht in der That als eine Zögerung mit der inofficiosi querela anzusehen sei. Justinian entscheidet für die Ansicht des Ulpian (l. 36. §. 2. C. de inoffic. testam. 3. 28.)[564]. Minderjährigkeit des verkürzten Pflichttheilsberechtigten bewirkt, daß die Verjährung nicht eher laufen kann, als bis die Minderjährigkeit zu Ende ist (L. 16. C. eod. l. 2. C. in quib. caus. i. i. r. n. n.

563) L. 8. §. 17., l. 9. D. de inoff. 5. 2.; l. 5. Th. C. ib. 2. 19.; l. 16., l. 34. in fin. l. C. ib. 3. 28. Die „magna et iusta causa“ wird in der l. 8. §. 17. cit. nicht näher bezeichnet. Man muß wohl an einen Umstand denken, der nach allgemeinen Grundsätzen eine in integrum restitutio rechtfertigen würde. Merkwürdig ist, daß schon nach l. 8. §. 17. cit. die Freilassungen bestehen bleiben, wenn der Fall eintritt, daß ausnahmsweise noch nach fünf Jahren die inofficiosi querela zugelassen wird.

*) S. noch Francke Notherben-R. p. 312 f. und gegen die Wiederaufnahme dieser Ansicht durch Bodemeyer Die Zahlen d. Röm. Rechts p. 41 f. Demelius a. a. O. p. 38.

564) Die Ulpianische Ansicht zeigt sich in l. 8. §. 10. D. de inoff. 5. 2. in einer Anwendung.

c. 2. 41.). Auch sonst können besondere Gründe eintreten, welche den Fortgang der Verjährung aufhalten. Namentlich ist dieses der Fall, wenn gleichzeitig der letzte Wille als nichtig angefochten wird. Es ist nämlich billig, daß der Aufenthalt, welchen die Untersuchung der Nichtigkeit verursacht, bei Berechnung der fünf Jahre nicht in Anschlag komme[565]). Auch können Fälle eintreten, wo die inofficiosi querela mehreren Verwandten hinter einander (successiv) angeboten wird; hier rücken aber die hinten stehenden Verwandten erst dann in das Klagerecht ein, wenn die voranstehenden dasselbe versäumt, oder ihm entsagt haben (l. 31. pr. D. de inoff. 5. 2.). Es versteht sich von selbst, daß den letzten die Verjährungszeit nicht eher laufen kann, als bis die Reihe zur Anstellung der Klage an sie gekommen ist.

§. 170.

Die Frage, ob und in wiefern die fünfjährige Verjährung der inofficiosi querela auch noch nach dem neuesten Justinianischen Rechte anwendbar ist, hängt zusammen mit der Untersuchung über die fortdauernde Zulässigkeit einer inofficiosi querela überhaupt. Ohne mich auf eine vollständige Erörterung einlassen zu wollen, glaube ich doch diesen Punkt nicht ganz übergehen zu können.

I. Was die Rücksichten betrifft, welche der Erblasser seinen Verwandten in auf- und absteigender Linie 'schuldig ist, so hat die 115. Novelle das ältere Recht bedeutend abgeändert. Da jedoch eine jede neue Rechtsbestimmung so viel als möglich an das früher geltende Recht angeschlossen werden muß (d. h. insoweit es nicht den ausdrücklichen Festsetzungen oder dem Geiste des neuen Gesetzes zuwiderläuft), so wird nicht sofort behauptet werden können, daß nun das ganze Recht der inofficiosi querela völlig unandwendbar sei. Die Novelle läßt zu viele Punkte unbestimmt, um uns aller Ergänzungen aus dem alten Rechte zu überheben. 1) Im cap. 3. wird zuvörderst bestimmt, daß

---

565) L. 16. C. de inoff. test. 3. 28. „.... praescriptio ex prioris iudicii mora quinquennalis temporis non nascitur, quae officere non cessantibus non potest." Ausführlicher verbreitet sich über diese Stelle Püttmann (advers. iuris. univ. I. 6. pag. 117 seqq.). [Bd. I. p. 446. Not. *).]

es nicht genug sei, wenn man seinen Kindern bloß eine Schenkung oder ein Vermächtniß zuwende; denn, wenn sie auch dadurch nichts an ihrem Pflichttheile verlieren, so bleibe es doch immer unrecht, daß man sie nicht in die Erbeinsetzung aufgenommen habe. Diese Bestimmung wird weiterhin im cap. 4., wo von den Rücksichten die Rede ist, welche gegen die Eltern beobachtet werden müssen, nicht wiederholt. Justinian hat also durch diese ausschließlich auf Kinder (ohne Unterschied des Verwandtschaftsgrades) sich beziehende Bestimmung bloß ein älteres Recht, das seit der l. 4. C. de lib. praet. 6. 28. für alle durch männliche Abstammung verwandten (agnatischen) Kinder, mit Aufhebung des früheren Geschlechtsunterschiedes, gegolten hatte (vgl. §. 5. I. de exhered. lib. 2. 13.), auf alle Kinder ohne Ausnahme ausgedehnt. So wie nun nach älterem Rechte der Umstand, daß die Kinder bei der Erbeinsetzung übergangen worden waren, diese ungültig machte, so daß eine inofficiosi querela zur Umstoßung derselben entbehrlich war, so muß dieses auch für das neueste Justinianische Recht angenommen werden. Daß nach der allgemeinen am Schlusse des cap. 3. ausgesprochenen Verfügung nicht mehr wie früher zugleich mit der Erbeinsetzung auch die Nebentheile des letzten Willens ungültig werden, bildet allerdings eine Abweichung von dem alten Rechte, kann aber nicht als ein völliges Umstürzen desselben betrachtet werden. 2) Sodann wird in cap. 3. und 4. von der Art und Weise gehandelt, wie die Enterbung der Kinder und der Eltern geschehen soll. Die Vorschrift, welche bei der Enterbung der Kinder in manchen Fällen eine namentliche Bezeichnung fodert, ist weggeblieben, und es ist anzunehmen, daß sie als aufgehoben gelten muß. Denn theils kann man (aus cap. 3.) wahrnehmen, daß Justinian alle Arten von Kindern in Beziehung auf Enterbung gleich behandelt wissen will, theils ist das, was Justinian sonst in Ansehung der Enterbung vorschreibt, von der Art, daß ohnehin die Enterbung in der Regel mit namentlicher Bezeichnung erfolgen muß, oder daß es doch auf alle Fälle eben so gut ist, als ob eine namentliche Bezeichnung Statt gefunden hätte. Denn da nach Justinian's Vorschrift die Enterbungsursache ausgedrückt werden muß, so dient sie zugleich zur hinlänglich genauen Be-

zeichnung des Enterbten*). 3) Dagegen bestimmt nun Justinian, daß die Enterbung nur aus gewissen von ihm angegebenen Gründen Statt finden solle, und will zugleich, daß der Enterbungsgrund im letzten Willen namentlich ausgedrückt werde. Wie nun aber, wenn dagegen gefehlt wird? Soll alsdann geradezu eine Nichtigkeit der Erbeinsetzung eintreten, oder soll nur eine Umstoßung durch die inofficiosi querela statthaft sein? Gewiß ist, daß in beiden Fällen die Nebenbestimmungen, welche der letzte Wille noch außer der Erbeinsetzung enthält, aufrecht stehen bleiben (vgl. cap. 3. in fine, cap. 4. in fine); aber darum ist doch in Ansehung der Erbeinsetzung die Frage noch nicht gelöst. Die Art und Weise, wie Justinian sich in der Novelle darüber ausdrückt, entscheidet nicht, denn die Ausdrücke, deren er sich bedient, sind von der Art, daß sie eben sowohl auf ein Nichtigsein als auf ein Umstoßen durch die inofficiosi querela gehen können. Sieht man dagegen auf die Natur der Sache, so scheint kaum zu bezweifeln, daß hier bloß das Recht der inofficiosi querela näher bestimmt werden soll. Von jeher war nämlich die Untersuchung, ob die Enterbung eine begründete ist oder nicht ist, ein Gegenstand der inofficiosi querela, niemals aber hatte man vor der Novelle daran gedacht, eine ungegründete Enterbung als einen Grund der Nichtigkeit zu betrachten. Nur das kann zweifelhaft sein, ob auch in dem Falle die inofficiosi querela angenommen werden muß, wenn Jemand die Justinianische Vorschrift bloß darin übertreten hat, daß die Anführung des Enterbungsgrundes unterblieben ist. Eine solche Vorschrift hat vor Justinian überhaupt nicht bestanden; und so scheint hier die Rücksicht auf das alte Recht gar nicht aushelfen zu können. Einige nehmen nun an, daß hier wohl eher an eine sofort eintretende Nichtigkeit zu denken sei, weil die Vorschrift, welche die ausdrückliche Erwähnung des Enterbungsgrundes gebietet, eine Förmlichkeit betreffe, und mit der Frage nach der Lieblosigkeit des Testaments nichts zu schaffen habe. Allein es ist doch nicht zu verkennen, daß diese Vorschrift mit der über die zulässigen Rechtfertigungsgründe der Enterbung in dem innigsten Zusammenhange steht. Justinian will nämlich (damit nicht auf's Ge-

---

*) Vgl. Arndts in Weiske's Rlex. Bd. VIII. p. 145.

rathewohl nach gesetzlichen Enterbungsgründen herumgesucht, und wohl gar die Erbeinsetzung aus einem Grunde umgestoßen würde, der dem Erblasser bei der Enterbung gar nicht in den Sinn gekommen war), daß eine Enterbung ohne ausgesprochene Gründe, einer unumstößlichen Vermuthung (s. g. praesumtio iuris et de iure) zufolge, als eine Enterbung ohne Gründe gelten soll. (Vgl. F. Schöman, Handb. d. Civilr. Bd. 1. S. 139—160.). II. Die Rücksichten, welche man den Geschwistern schuldig ist, werden in der Novelle nicht berührt, ohne Zweifel, weil Justinian gar nicht daran gedacht hat. Da die Geschwister sich von jeher nur dann beklagen konnten, wenn ihnen eine anrüchige Person vorgezogen war, so kamen solche Beschwerden seltner vor, und daher ist es nicht eben unnatürlich, ein Vergessen anzunehmen. Daß Justinian den Geschwistern ihr früheres Recht auf einen Pflichttheil gänzlich habe nehmen wollen, läßt sich also weder erweisen, noch auch nur vermuthen. Die Folge ist, daß auch hier noch ein Fall eintritt, wo eine inofficiosi querela zur Anwendung kommt, und folglich die fünfjährige Versäumung wichtig wird. Die Frage, ob die den Geschwistern gegen anrüchige Personen einzuräumende inofficiosi querela noch ganz nach altem Rechte beurtheilt werden muß, so daß sie nicht bloß die Erbeinsetzung, sondern zugleich alle Nebenbestimmungen des letzten Willens umstößt, oder ob sie mit Rücksicht auf die Bestimmungen der nov. 115. in ihrer Wirksamkeit zu beschränken sei, gehört nun eigentlich nicht weiter hieher. Um aber meine Meinung über diese Lehre vollständig auszusprechen, will ich doch mit ein paar Worten bemerken, daß ich allerdings auch in dieser Hinsicht einen Einfluß der Novelle annehmen zu müssen glaube. Die inofficiosi querela der Geschwister hat nie etwas besonderes gehabt, und wenn sie den ganzen letzten Willen in allen Haupt- und Nebentheilen umstieß, so war es, weil dieses überhaupt die Natur der inofficiosi querela mit sich brachte. Durch die Novelle hat sich diese geändert, und so muß jetzt das Einzelne, obgleich es unberührt ist, dem veränderten Geiste des Ganzen folgen. Es würde widersprechend sein, wenn die im Allgemeinen ungleich weniger begünstigte querela der Geschwister den letzten Willen auch in seinen Nebentheilen umzustoßen vermöchte, während

diese gegen die inofficiosi querela der Kinder und Eltern aufrecht erhalten werden [566]).

§. 171.

Zu den streitigen Rechtsfragen gehört auch, ob das nach den neuen Verordnungen Justinian's eintretende Recht, die Ergänzung des Pflichttheils zu verlangen, wenn derselbe ungenügend befunden wird, einer fünfjährigen Verjährungsfrist unterworfen ist [567]). An sich scheint dieses geläugnet werden zu müssen, und zwar besonders deswegen, weil eine eigene Ergänzungsklage gar nicht erweislich ist. Allerdings sagt Justinian (l. 30. C. de inoff. test. 3. 28.) „Liceat vero his personis, quae testamentum quasi inofficiosum vel alio modo subvertendum queri poterant, id, quod minus portione legitima sibi relictum est, ad implendam eam sine ullo gravamine vel mora exigere.“ Dieses soll nämlich bei denjenigen gelten, „quarum mentionem testantes fecerint, et aliquam eis quantitatem in hereditate vel legato vel fideicommisso, licet minorem legitima portione, reliquerint.“ Hier möchte nun wohl das natürlichste sein, daß man eine Art von gesetzlichem Zuwachsrechte annähme, und in Folge desselben die Klage, welche aus dem letzten Willen in Ansehung des Wenigeren begründet ist, auch in Ansehung des Mehreren ganz eben so Statt finden lasse. Wer also zum Erben eingesetzt ist, aber auf einen geringeren Antheil, als der Pflichttheil beträgt, der kann die Erbschaftsklage aus dem letzten Willen auf den ganzen Antheil richten. Wer bloß ein Vermächtniß bekommen hat, der kann mit der Vermächtnißklage eine den Betrag des Vermächtnisses erreichende Summe einklagen, ob-

566) [Uebereinstimmend mit dem Verf. Puchta Pand. §. 494. s. jed. Arndts in Weiske's Rlex. Bd. VIII. p. 160. Seuffert Pract. Pand. R. §. 663. Not. 9. v. Vangerow Pand. §. 486. Bd. II. p. 348 f. u. A. m.]. Ein Mehreres über die hier berührten Streitfragen findet man in Glück Erl. d. Pand. Th. 7. §. 551. [und dem Commentar Mühlenbruch's zu dem Titel de heredibus instituendis ebd. B. 35. p. 119. — Bd. 38. p. 117., womit zu verbinden ist Bluntschli Die Erbfolge gegen d. letzten Willen Bonn. 1829. Francke D. R. d. Notherben. Gött. 1831. Arndts Art. Pflichttheils- und Notherben R. Rlex. Bd. VIII. p. 79—170].

567) Vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 7. S. 147 fgg. Die fünfjährige Verjährung hat besonders Jac. Voorda (elect. cap. XI.) vertheidigt; ihn bestreitet J. L. E. Püttmann (interpret. cap. 30.).

gleich der Buchstabe des letzten Willens eine geringere Summe oder eine Sache von geringerem Werthe benennt [568]). Eine solche Klage bleibt also immer eine Klage aus dem letzten Willen und hat daher gar keine Aehnlichkeit mit der entschieden gegen den letzten Willen gerichteten und die Umstoßung desselben bezweckenden inofficiosi querela. Zweifelerregend sind jedoch die Schlußworte der l. 34. C. de inoff. test. 3. 28., wo es heißt:

„Et si non heres apertissimis probationibus ostenderit, ingratum patrem nepotis circa testatorem fuisse, testamento remoto, ab intestato eum vocari, nisi certa quantitas patri eius minor parte legitima relicta est. (Tunc etenim secundum novellam nostri numinis constitutionem repletio quartae partis nepoti superest, si qua patri eius competebat; et perfruatur nostro beneficio a vetustate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus). Nisi pater adhuc superstes vel repudiavit querelam [569]), vel quinquennio tacuit, scilicet post aditam hereditatem."

Um aber meine Meinung über diese Stelle kurz zu sagen, so glaube ich, daß die von mir in Klammern eingeschlossenen Worte einen Zwischensatz bilden *), die letzten Zeilen gehen wieder auf die inofficiosi querela, worauf schon der Ausdruck querela

---

568) Diese Ansicht wird vollkommen bestätigt durch die Worte der l. 36. pr. C. de inoff. test. „Scimus, antea constitutionem relatam fuisse (die l. 30. ib.), qua cautum est, si pater minorem debita portione filio suo reliquisset, omnimodo, etsi non adiiciatur, viri boni arbitratu repleri filio, attamen ipso iure inesse eandem repletionem." Also: die gesetzliche Ergänzung soll bewirken, was eine in den letzten Willen ausdrücklich eingeschobene Bestimmung über die Ergänzung des Pflichttheils bewirkt. [S. indessen gegen diese noch von Puchta Pand. §. 489 a. E. in Schutz genommene Ansicht Francke a. a. O. p. 332 f. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 36. p. 22—26. Arndts a. a. O. p. 138. Pand. §. 596. Anm. 3. u. A. m. Die actio suppletoria ist freilich nicht die inofficiosi querela, aber ebensowenig eine actio ex testamento, sondern eine persönliche Klage gegen den Erben, condictio ex lege, die als solche erst in dreißig Jahren verjährt, vgl. noch v. Wening-Ingenheim Civ.-R. Bd. III. §. 495. Seuffert Pand. §. 654. Not. 6.]

569) Die Basiliken 39. 1. c. 60. übersetzen „μέμψιν," mit welchem Ausdrucke sie gewöhnlich die inofficiosi querela bezeichnen.

*) Vgl. Francke a. a. O. p. 336. Mühlenbruch Bd. 35. p. 471. 472. v. Wening-Ingenheim Civ.-R. III. p. 346. Not. h. Puchta Pand. §. 489. Not. m. Vorl. II. p. 376. Arndts Pand. §. 596. Anm. 4.

hinweist. Daß der lange Zwischensatz den Zusammenhang einigermaßen gestört hat, darf uns dann nicht wundern oder wohl gar stutzig machen. Zwei Schwierigkeiten bleiben noch. Erstens: Wenn die letzten Worte auf die inofficiosi querela gehen sollten, so müßte ja, nach den Worten „scilicet post aditam" zu schließen, schon im Jahre 530. (d. h. zur Zeit der l. 34. cit.) gegolten haben, was Justinian erst im Jahre 531. (durch die l. 36. §. 2. ib.) bestimmt hat. Allein ich glaube, wir können auf eine höchst natürliche Weise diese Worte als einen späteren Zusatz betrachten, wodurch an die neue Bestimmung Justinian's erinnert werden sollte*). Die ungeschickte Art, wie diese Worte angehängt sind, ist offenbar dieser Voraussetzung günstig. Zweitens: Die l. 34. cit. spricht von einem Falle, wo der eingesetzte Erbe sich besinnt, ob er antreten soll oder nicht, und bestimmt in dieser Beziehung, inwiefern die inofficiosi querela auf die Kinder des Verletzten übergehen könne. Nun sagt man: Wie konnte, wenn die Schlußworte auf die inofficiosi querela gehen, an eine Verjährung derselben gedacht werden, da doch während der Besinnungszeit die querela gar nicht angestellt werden durfte, und die Verjährungszeit gegen klagbare Rechte erst anfängt zu laufen, wenn die Klage begründet ist? Darauf läßt sich erwidern: 1) Nach der Ansicht des Modestinus, die erst später von Justinian entschieden verworfen wurde, leidet denn doch der Satz, von dem hier ausgegangen wird, in Ansehung der inofficiosi querela eine Ausnahme. 2) Die Verordnung darf nicht auf den Fall beschränkt werden, von welchem Justinian in der Einleitung zu dieser Stelle ausgeht (also auf einen Fall, wo der natürliche Erbe gestorben ist, ehe der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hatte); vielmehr muß angenommen werden, daß die inofficiosi querela innerhalb der Verjährungszeit überhaupt auf die Kinder des verletzten Notherben übergeht, insoferne diese zugleich Abkömmlinge des Erblassers sind. 3) Die zuletzt berührte Schwierigkeit würde dieselbe bleiben, wenn man die letzten Worte der l. 34. cit. auf die Ergänzungsklage beziehen wollte.

---

*) S. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 35. p. 473. v. Vangerow Pand. II. p. 311.

§. 172.

Noch ist hier zu berühren das Recht des Pflichttheilsberechtigten, die von dem Erblasser noch bei seinen Lebzeiten gemachten Schenkungen und Brautschatzbestellungen, insoferne sie den Pflichttheil beeinträchtigen, in Anspruch zu nehmen. Es kann nicht füglich bezweifelt werden, daß die hier eintretende Klage gleich der inofficiosi querela auf einen fünfjährigen Zeitraum beschränkt ist[570]. Nun versteht es sich von selbst, daß hier die Verjährungszeit in der Regel sogleich von der Zeit des Todes zu laufen anfängt, denn von diesem Augenblicke an wird auch den Pflichttheilsberechtigten gewöhnlich nichts weiter hindern, sein Recht gegen denjenigen zu verfolgen, der auf seine Kosten etwas erworben hat. [S. auch Arndts im RLex. Bd. VIII. p. 170.] Dagegen wäre es durchaus unrecht, wenn man die Verjährungszeit gleich von der Zeit der Schenkung oder von der Bestellung der Mitgift an berechnen wollte, denn der Anspruch des Pflichttheilsberechtigten in Ansehung der Erbschaft kann unmöglich begründet sein, ehe noch irgend eine Erbschaft vorhanden ist. Die vorhin erwähnte Regel leidet jedoch z. B. schon eine Ausnahme, wenn die Pflichttheilsberechtigten minderjährig sind (weil nach l. 2. C. in quib. caus. i. i. r. n. n. e. 2. 41. diese Ausnahme auch bei inofficiosi querela gilt). Auch lassen sich noch andere Ausnahmen denken; denn da Rechtsgeschäfte unter Lebenden billigerweise nur dann angefochten werden können, wenn der wirkliche Nachlaß zur Befriedigung der Pflichttheilsansprüche nicht hinreicht, so wird die Zeit, welche

---

570) L. 9. C. de inoff. don. 3. 29. (vgl. L. un. Th. C. 2. 20.) „Non convenit dubitari, quod immodicarum donationum omnis querela ad similitudinem inofficiosi testamenti legibus fuerit introducta, et sit in hoc actionis utriusque vel una causa vel similis aestimanda, vel idem et *temporibus* et moribus.“ Weniger bedeutend ist, daß in der l. 5. Th. C. de inoff. test. 2. 19. von dem quinquennium „quod inofficiosis actionibus constitutum est“ die Rede ist, denn hier mag die eigentliche inofficiosi querela in ihren verschiedenen Beziehungen gedacht worden sein, was den Gebrauch der Mehrzahl wohl erklären könnte. Was von den inofficiosae donationes gilt, muß auch von den inofficiosae dotes gelten, welche ja auch „ad exemplum inofficiosi testamenti“ angefochten werden (l. un. C. de inoff. dot. 3. 30.). [Vgl. Francke a. a. O. p. 534. 537 f.]

mit Verfolgung der zunächst gegen die Theilhaber am Nachlasse zu richtenden Ansprüche zugebracht wird, nicht eingerechnet werden dürfen[571]).

571) Ueber das Recht, eine Schenkung oder die Bestellung eines Brautschatzes wegen Verkümmerung des Pflichttheils anzufechten, wird Glück Erl. d. Pand. Th. 7. S. 156—190. nachzusehen sein. Von der Dauer dieses Rechts ist insbesondere S. 176. und 190. die Rede. [Ferner Mühlenbruch Comm. Bd. 36. p. 38—139. Weitere Litteraturangaben s. bei v. Vangerow Pand. §. 482.].

Zweites Buch.

Verjährung beim Eigenthume.

Erstes Hauptstück.

Geschichtliche Einleitung.

I.

Vorjustinianisches Recht.

A.

Usucapio.

§. 173.

Wir finden zur Zeit des Gaius und Ulpianus als die alleinige eigentlich erwerbende Eigenthumsverjährung die usucapio, und zwar bei den unbeweglichen Sachen mit zweijähriger, bei den beweglichen Sachen mit einjähriger Dauer. Nicht bloß die res mancipi, sondern auch die res nec mancipi sind dieser Verjährung unterworfen (Gai. II. 43.; Ulp. XIX. 8.), und zwar ohne allen Zweifel mit gleicher Wirkung; denn die Meinung F. K. Conradi's (in der praef. zur triga libellorum, quib. iura usucap. illustr.), nach welcher die usucapio nur bei den res mancipi Quiritisches Eigenthum gewährt haben soll, wird jetzt wohl schwerlich mehr Anhänger gewinnen[572]. Betrachtet man die Wirksamkeit der usucapio genauer, so findet man: 1) In der Regel dient die usucapio, um den redlichen

---

572) Die Widerlegung dieser Ansicht gehört nicht hieher. Man kann vergleichen: Domenico Brichieri Colombi diss. qua perpetuum usucapionis effectum dominium iuris Quiritium iure vulgo constitui evincitur. Vindob. 1738. 4.

Besitz in (Quiritisches) Eigenthum zu verwandeln (Gai. II. 43.; pr. I. de usuc. 2. 6.); ja es kann ausnahmsweise sogar ein unredlicher Besitz durch usucapio in (Quiritisches) Eigenthum umgeschaffen werden (Gai. II. 52—61.; vgl. Th. 1. §. 94.). 2) Außerdem findet sich, daß die usucapio von Einfluß ist, wo schon vorher eine Art von Eigenthum, nämlich das in bonis esse, vorhanden war. Hier braucht sie bloß das fehlende ius Quiritium zu dem schon vorhandenen in bonis esse hinzuzufügen (Gai. II. 41. 204. Ulp. I. 16.). Dieses betrachte ich aber um so mehr als etwas Untergeordnetes, als wir jetzt aus Gaius (II. 40.) wissen, daß der Unterschied zwischen dem Quiritischen Eigenthume und dem in bonis esse gar nicht als ein ursprünglicher gedacht werden darf, und daher ohne allen Zweifel erst nach dem Zwölftafelgesetze entstanden ist, indem es nicht die geringste Wahrscheinlichkeit für sich hat, daß uns Gaius eine geschichtliche Bemerkung habe mittheilen wollen oder können, welche sich auf eine noch ältere Zeit bezieht. Dürfte man freilich annehmen, daß die der gemeinen Rechtsansicht (dem ius gentium) angehörigen Erwerbungsarten des Eigenthums kein vollständiges (Quiritisches) Eigenthum begründen, so würde diese ergänzende Wirksamkeit der usucapio an Wichtigkeit gewinnen; denn ohne sie würde bei manchen Arten von Sachen, z. B. bei Perlen, ein vollständiges (Quiritisches) Eigenthum gar nicht denkbar gewesen sein. Allein ich glaube in dem Rheinischen Museum für Jurisprudenz u. s. w. (Bd. I. H. 1. S. 129—144.) gezeigt zu haben, daß jene Voraussetzung unrichtig ist, und daß die gemeinrechtlichen Erwerbungsarten des Eigenthums (acquisitiones iuris gentium) eben sowohl ein volles (Quiritisches) Eigenthum gewähren, als die dem Römischen Rechte eigenthümlichen (acquisitiones iuris civilis). Somit bleibt immer der Hauptfall, wo diese ergänzende usucapio zur Anwendung kam, derjenige, wo eine res mancipi ohne mancipatio durch bloße Uebergabe veräußert ist. Und dieses ist auch der einzige, bei dem sie ausdrücklich erwähnt wird (Gai. II. 41.; Ulp. I. 16.). Wenn übrigens der Prätor bei manchen gerichtlichen Zwangsmitteln (z. B. bei dem ducere iubere und der missio in possessionem damni infecti nomine ex secundo decreto) sich begnügte, den Besitz zu gewähren, und diesem den vollständigsten gerichtlichen Schutz angedeihen zu lassen, so darf angenommen werden, daß

auch in diesem Falle kein wahres Eigenthum, sondern nur ein in bonis esse gegeben wurde. Auch hier wurde alsdann die ergänzende Kraft der usucapio wirksam, wenn diese durch ihr Hinzutreten dieses in bonis esse in volles Eigenthum verwandelte. Da die bonorum possessio und der durch die Gläubiger bewirkte Vermögensverkauf ebenfalls nur ein in bonis esse zu gewähren vermochte (Gai. III. 80.), so mußte auch hier erst das in bonis esse durch usucapio in volles Eigenthum verwandelt werden[573]. Dasselbe kann bei Abtretung der Erbschaft Statt finden, die nach dem S. C. Trebellianum erfolgt[573a].

---

573) Eine andere Ansicht hat Zimmern (Gesch. d. Röm. Priv.-R. Bd. 1. §. 15. Anm. 7.). Er meint, weil Gaius erst, nachdem er (II. 41.) von der Verwandlung des in bonis esse in Quiritisches Eigenthum gesprochen, und dabei (II. 42.) der zwölf Tafeln erwähnt hat, zu der Bemerkung übergeht, daß die usucapio auch dem redlichen Besitzer zu Statten komme (II. 43.), und sodann mit den Worten fortfährt „Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent," so folge, daß die Anwendung der usucapio zu Gunsten des redlichen Besitzers ein „durch der Juristen Interpretation" entstandenes Recht sei; und darauf seien denn auch die am Eingange des pr. I. de usuc. 2. 6. vorkommenden Worte „Iure civili constitutum" zu beziehen (wo also ius civile in einem engeren Sinne zu nehmen wäre). Dagegen ist zu erinnern: Gaius geht von der Bemerkung aus (II. 40.), daß es nicht mehr, wie in älterer Zeit, einerlei, sondern zweierlei Eigenthum gebe. Dieses macht er sodann (II. 41.) in einem Beispiele klar, wobei er veranlaßt wird, die Bemerkung beizufügen, daß das in bonis esse nur etwas Vorübergehendes sei, indem es sich durch usucapio gar bald in ein Quiritisches Eigenthum verwandelt. Dieses führte unsern Verfasser denn wieder sehr natürlich darauf, die Zeit der usucapio anzugeben, und dabei zu bemerken, daß die zwölf Tafeln die Verjährungszeit in der angegebenen Weise bestimmt haben (II. 42.). Da nun aber Gaius, der einmal angefangen hatte, von der usucapio zu sprechen, gleich die ganze Lehre, so weit es für seinen Zweck nöthig war, einschieben wollte, so konnte er nicht umhin, zu der Bemerkung überzugehen, daß die usucapio namentlich auch ein Mittel sei, den redlichen Besitz in Eigenthum zu verwandeln (II. 43.). Wenn es heißt „quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent" (II. 44.), so braucht man keineswegs an eine Ausdehnung des durch die zwölf Tafeln eingeführten Rechts dabei zu denken, sondern kann füglich annehmen, daß Gaius die Aufnahme in die zwölf Tafeln dabei im Sinne gehabt habe, was freilich nicht möglich wäre, wenn Gaius gesagt hätte „quod ideo *usu* receptum videtur." Diese Bemerkungen zeigen zur Genüge, wie gewagt es ist, wenn aus der von Gaius befolgten Anordnung viel geschlossen werden soll. [Vgl. hierzu Schirmer Usuc. p. 20. 21.].

573a) Vgl. oben Bd. I. Anm. 354. und außerdem etwa noch Schilling Bemerk. üb. Röm. Rgesch. p. 58 ff.

B.

Longi temporis praescriptio.

§. 174.

Neben der usucapio, deren Beschaffenheit und Bedeutung ich mit einigen Grundzügen angegeben habe, ist auch noch die longi temporis praescriptio anzuführen; weil deren Einfluß, wenn er auch nicht eine erwerbende Verjährung bewirkt, doch eine der Eigenthumserwerbung ähnliche Folge herbeiführt. Wie schon gezeigt worden ist (Th. 1. §. 10.), fand diese longi temporis praescriptio bei den außeritalischen Grundstücken Anwendung, bei welchen weder von einem wirklichen Eigenthume, noch von einer usucapio die Rede sein konnte. So wie aber eine eigenthumsähnliche Nutzung (possessio et ususfructus Gai. II. 7.) bei ihnen mit privatrechtlicher Wirkung anerkannt wurde, so ward auch ein mit der usucapio vergleichbarer, auf Verjährung beruhender Schutz zugelassen, den eben die longi temporis praescriptio gewährt. An eine Eigenthumserwerbung ist schon deswegen nicht zu denken, weil wirkliches Eigenthum an fundi provinciales nicht möglich war; auch weist der Name praescriptio nicht auf Erwerb eines Rechtes, sondern auf bloße Sicherstellung gegen Ansprüche hin[573b]). Inzwischen ist diese Sicher-

573b) In den Digesten kommen allerdings nicht selten die Ausdrücke longa possessione capio, diutina possessione capio und ähnliche vor L. 4. §. 22. L. 13. §. 2. L. 17. 18. 21. 26. L. 33. §. 2. D. de usurp. 41. 3. L. 4. pr. §. 1. L. 7. pr. §. 1. 2. 4. 6. L. 13. 14. D. pro emt. 41. 4. L. 16. D. de fund. dot. 23. 5. L. 3. §. 3. L. 26. 36. D. de poss. 41. 2. L. 10. §. 2. L. 48. pr. §. 1. D. de A. R. D. 41. 1. al. Allein wir dürfen mit gutem Grunde annehmen, daß diese Stellen ursprünglich von der usucapio gesprochen haben und bei der Aufnahme in die Digesten geändert worden sind, weil man die bei Grundstücken geltende Eigenthumsverjährung des Justinianischen Rechts nicht mehr als eigentliche usucapio wollte gelten lassen. Einigemal hat man sich begnügt, Statt usucapio bloß capio, capere zu setzen; so L. 4. §. 23. L. 23. pr. D. de usurp. L. 7. §. 1. pro emt. Mitunter ist aus Versehen usucapio stehen geblieben, wo man consequenter Weise hätte ändern müssen. Z. B. L. 4. §. 25. L. 21. L. 33. §. 2. 3. L. 39. D. de usurp. (In den beiden vorletzten Stellen ist das einemal geändert, das anderemal nicht) L. 12. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. L. 23. §. 7. D. de R. V. 6. 1. (wo dennoch am Schlusse eine Aenderung gemacht zu sein scheint, indem man für biennium setzte „longi temporis spatium") L. 7. §. 3. D. de curat. furios. 27. 10. (Vgl. L. 1. C. pro don. 7.

stellung allerdings eine so wirksame, daß man gewissermaßen behaupten kann, der Besitzer eines außeritalischen Grundstücks werde dadurch in die Lage eines wahren Eigenthümers gebracht. Zunächst möchte freilich scheinen, als ob der Schutz, den die longi temporis praescriptio zu gewähren vermag, nur so lange wirksam werden könne, als der Besitz noch fortdauere;+ allein da die longi temporis praescriptio nur dem redlichen Besitzer zu Theil wird, und diesem, abgesehen von aller Verjährung, schon in der Publiciana in rem actio ein Mittel an die Hand gegeben ist, auch nach verlorenem Besitze sein Recht geltend zu machen, so muß auch diese Verschiedenheit in der Hauptsache verschwinden[573c]). Es läßt sich nämlich nicht beweisen, daß die longi temporis praescriptio nur als eigentliche exceptio und nicht auch als replicatio habe geltend gemacht werden können. Mithin mußte der redliche Besitzer, wenn er nach verlorenem Besitze die Publicische Klage anstellte, und durch die +Berufung auf ein besseres Recht+ zurückgewiesen wurde, sich hier eben so wohl durch die longi temporis praescriptio schützen können, als es der Fall war, wenn der Eigenthümer seine Rechte als Klä-

---

27. L. 1. C. de comm. rer. al. 4. 52. L. 4. C. de R. V. 3. 32.). In anderen Stellen darf die Unterlassungssünde weniger auffallen, weil es nicht gleich in die Augen fällt, daß von einer usucapio von Grundstücken die Rede ist, oder weil sich die Stellen nicht ausschließlich auf letztere beziehen. z. B. L. 30. §. 5. D. de poss. L. 24. §. 1. L. 31. §. 3. L. 38. de usurp. L. 2. §. 1. D. pro her. 41. 5. L. 8. D. pro legat. 41. 8. L. 16. D. de O. et A. 44. 7. (Vgl. §. 1. 2. I. de usuc. 2. 6.). Uebrigens haben wir wenigstens für die eine der zuerst angeführten Stellen einen bestimmten Beweis, daß man geändert hat. L. 10. §. 2. D. de A. R. D., welche aus den Institutionen des Gaius (II. 89.) entnommen ist, und daher mit der Quelle verglichen werden kann. Freilich wurde hier nicht die Aenderung mit Geschick gemacht, weil die Stelle nicht ausschließlich auf unbewegliche Sachen geht. In den Justinianischen Institutionen (§. 3. I. per quas pers. 2. 9.) hat man offenbar besser „usucapio vel longi temporis praescriptio" gesetzt.

573c) Die Anwendung der Publiciana bei Provinzialgrundstücken dürfte nicht zu bezweifeln sein, obwohl die fictio usucapionis, die das Eigenthümliche jener Klage bildet, hier nicht geradezu möglich war. Vgl. L. 12. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. Natürlich mußte die formula vermöge einer zweiten Fiction anwendbar gemacht werden, oder es fand auch ein Verfahren extra ordinem Statt, aber nach den Grundsätzen der Publicischen Klage. [s. Böcking Pand. §. 144. Not. 22.].

ger gegen ihn geltend machte[574]). Die longi temporis praescriptio schützte also nicht bloß, so lange der Besitz dauerte, sondern auch nach verlorenem Besitze; nicht bloß gegen solche, die ein schlechteres Recht hatten, sondern gegen den Eigenthümer selbst; sie gewährt also der That nach alle Vortheile einer erwerbenden Ersitzung[574a]), ohne wirklich eine erwerbende Ersitzung zu sein. Unrichtig aber ist es, wenn man in der l. 13. §. 1. D. de iurei. 12. 2. eine eigene utilis actio hat finden wollen, welche durch die longi temporis praescriptio begründet werde. Dort heißt es „Iulianus ait, eum, qui iuravit fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere." Allein die Ableistung eines zugeschobenen Eides (das iurare) giebt für sich allein schon eine utilis actio, ohne daß erst noch ein Zeitablauf erfodert würde (l. 7. §. 7. D. de Publ. act. 6. 2. vgl. mit l. 11. §. 3. D. de iurei.). Wahrscheinlich will Julian etwas ganz anderes sagen. Wer nämlich sein Eigenthum beschworen hat, der hat erstens eine persönliche, durch die Eideszuschiebung begründete Klage (actio ex iureiurando), welche auf jeden Fall von der longi temporis praescriptio unabhängig war, weil diese überhaupt nicht gegen persönliche Ansprüche schützte (vgl. §. 256.). Er hat aber auch zweitens eine dingliche Klage (die schon vorhin erwähnte utilis actio); jedoch nicht um auch sein Recht gegen einen Dritten zu verfolgen (vgl. l. 7. §. 7. D. de Publ. act.), sondern nur um sich wenigstens so lange, als der Besitz desjenigen dauert, welcher durch seine Eideszuschiebung das Recht begründet hat,

574) Dafür spricht 1) die Regel reus excipiendo actor est (l. 1. D. de except. 44. 1.); 2) daß die exceptio dominii gegen die Publiciana nur causa cognita zugelassen wird (l. 57. D. mand. 17. 1.); besonders 3) die l. 28. D. de noxal. act. 9. 4. Dort heißt es „Et generaliter, si alieni servi nomine, qui tibi iustam servitutem serviret, noxali tecum egerim, tuque eum mihi noxae dederis, sive me possidente dominus eum vindicet, exceptione doli mali, nisi litis aestimationem offerat, eum summovere possum, sive ipse possideat, Publiciana mihi datur, et adversus excipientem, SI DOMINUS EIUS SIT, utilem mihi replicationem doli mali profuturam...." ✣Daß auch sonst die exceptio unter veränderten Umständen als replicatio gebraucht wird, sieht man z. B. aus L. 1. §. 5. D. de exc. rei vend. 21. 3.✣ [vgl. Brinz Pand. I. p. 206.].

574a) Eine weitere Bestätigung hierfür liefert L. 54. pr. D. de evict. 21. 2. Qui alienam rem vendidit, post longi temporis praescriptionem vel usucapionem desinit emtori teneri de evictione.

an die Sache selbst halten zu können; eine Begünstigung, welche im Falle der Zahlungsunfähigkeit einen wichtigen Vorzug vor den übrigen Gläubigern gewährt. In Beziehung auf diese dingliche Klage konnte es nun allerdings zweifelhaft sein, ob ihr nicht nach zehn oder zwanzig Jahren die longi temporis praescriptio im Wege stehe. Julian entscheidet gegen diese Meinung; weil im Grunde die Klage doch mehr eine persönliche als eine dingliche ist*).

Daß die longi temporis praescriptio, weil sie, wie so eben gezeigt worden ist, in der That die Vortheile einer erwerbenden Verjährung gewährte, vor Justinian auch unter dem Namen longa possessione capio oder einem ähnlichen auf eine erwerbende Verjährung hinweisenden Namen vorgekommen sei, dürfen wir übrigens nicht annehmen; denn es kann wohl kaum bezweifelt werden, daß in allen Digestenstellen, wo die Ausdrücke *longa possessione capio, longo tempore capere* u. d. gl. vorkommen, ursprünglich *usucapio* und *usucapere* gestanden hat, (vgl. Anm. 573b. §. 178. II. 3.). Offenbar auf einer unrichtigen Lesart beruht dagegen der in der l. 4. C. de usuc. pro emt. 7. 26.] vorkommende Ausdruck longi temporis spatio usucapere; denn da die Stelle von der Ersitzung einer Sklavin durch den redlichen Käufer handelt, so ist nicht daran zu denken, daß bei der Abfassung des Justinianischen Codex etwas geändert sein sollte, weil bei beweglichen Sachen auch im Justinianischen Rechte kein longi temporis spatium erfodert wird. Eine sehr schöne unglossierte Fuldische Handschrift liest nach von Savigny „temporis spatio“ mit Weglassung des „longi“**). Doch wäre es auch recht wohl möglich, wie schon von Galvanus (de usufr. cap. 11. §. 15.) vermuthet worden ist, daß als die ursprüngliche Lesart „legitimi temporis spatio“ anzunehmen sei, welche alsdann in „longi temporis spatio“ verderbt worden ist. Ein ähnlicher Fehler hat sich in der Basilikenübersetzung (lib. 50. tit. 4. l. 1.) eingeschlichen. In der Stelle,

*) Vgl. Zimmern Gesch. d. R. Pr.-R. Bd. III. §. 128. Not. 25. v. Savigny Syst. Bd. VII. §. 311. Not. z. Keller Civ.-Proc. §. 64. Not. 741. Hameaux Die Usucapio und longi temporis praescr. p. 25. Not. 55.

**) Ebenso die beiden von Herrmann (s. Kriegel Corp. iur. civ. T. II. p. 472. Not. 1.) verglichenen Leipziger, das Bamberger und Göttinger Manuscript.

welche der griechischen Uebersetzung zum Grunde liegt (l. 1. C. pro emt. 7. 26.) wird in Beziehung auf Sklaven, die in unerlaubter Weise veräußert worden sind, gesagt „Nec enim usucapi ab emtoribus potuerunt, cum illicita venditione furtum contractum sit.“ Die Uebersetzung lautet so, als ob dort von einem longa possessione capere die Rede wäre; was doch, da die Stelle von Sklaven spricht, ganz unmöglich ist[*].

§. 175.

Die longi temporis praescriptio war nur wichtig, wo die usucapio ausgeschlossen war[575]. Nun wurden zwar die Gegenstände, bei welchen eine usucapio aus besonderen Gründen unstatthaft erachtet wurde (z. B. die entwendeten Sachen), auch der longi temporis praescriptio nicht unterworfen; es gab aber Gegenstände, bei welchen die usucapio bloß deswegen unzulässig war, weil bei ihnen ein Quiritisches Eigenthum nicht gedacht werden konnte, und bei diesen war die longi temporis praescriptio am Platze. So namentlich bei den fundi provinciales. Ob sie jemals bei den latifundia gegolten, wage ich nicht zu entscheiden; der Ursprung der l. t. praescriptio ist vielleicht gar nicht so alt, als diese Annahme voraussetzen würde. Es ist aber noch gar manches andere in dieser Lehre zweifelhaft. Fand die longi temporis praescriptio auch bei den praedia in Italico solo Anwendung, wenn ein Ausländer, welcher der usucapio unfähig war, lange Zeit hindurch den Besitz geübt hatte? Wir haben keine Spur einer solchen Anwendung. Und wie war es bei den beweglichen Sachen? Wenn auch hier den Ausländern die usucapio nicht eingeräumt wurde (vgl. Th. 1. §. 30.), so mochte es Bedürfniß scheinen, den Mangel der usucapio durch Anwendung der longi temporis praescriptio zu ersetzen. Nur ist schwer zu begreifen, wie alsdann die Anerkennung eines solchen Bedürfnisses bis zur Zeit des Kaisers Antoninus Caracalla hätte schwankend bleiben können; denn es ist ja ausgemacht, daß vor diesem Kaiser die Anwendung der longi tem-

---

*) S. jedoch L. 1. C. de serv. fugit. 6. 1. Bd. I. Anm. 40.

575) L. 2. C. in quib. caus. cess. l. t. pr. 7. 34. „In servorum proprietatis negotio cum usucapio locum habet, ad quaestionem longi temporis praescriptionis superfluo pervenitur.“

poris praescriptio auf bewegliche Sachen noch gar nicht entschieden war (vgl. Th. 1. Anm. 40.). Diese Ausdehnung auf bewegliche Sachen scheint auch vielmehr den Schutz des redlichen Besitzers gegen Pfandansprüche, der ja durch keine usucapio bewirkt werden konnte, bezweckt zu haben, als daß es auf einen Schutz gegen Eigenthumsansprüche, also auf eine Ergänzung der usucapio, abgesehen gewesen wäre; wenigstens deute ich darauf die in der l. 2. C. in quib. caus. cess. l. t. pr. (s. Anm. 575.) vorkommenden Worte „in *proprietatis* negotio," die mir auf einen Gegensatz mit der pignoris causa hinzuweisen scheinen*).

C.

Praescriptio XXX vel XL annorum.

§. 176.

Auch eine dreißig- und vierzigjährige Verjährung finden wir schon vor Justinian in der Eigenthumslehre, zwar nicht als eine erwerbende, aber doch als eine schützende Verjährung. So wie nämlich die praescriptio XXX vel XL annorum überhaupt Schutz gegen Ansprüche, zumal gegen dingliche Ansprüche gewährt, so schützt sie auch insbesondere den Eigenthumsbesitzer gegen Ansprüche, die von Eigenthums wegen gemacht werden. Dieser Schutz ist zwar an und für sich eben so wirksam, als es derjenige ist, den die longi temporis praescriptio gewährt, es ergiebt sich aber dennoch ein wichtiger Unterschied dadurch, daß der Besitzer, welcher nicht in der Lage ist, von der longi temporis praescriptio Gebrauch machen zu können, auch nicht die Bedingungen für sich haben wird, auf welchen die Publiciana beruht. Die praescriptio XXX vel XL annorum konnte ihn nun zwar schützen, so lange er sich in dem wirklichen Besitze der Sache befand; aber da er nach verlorenem Besitze alles Klagerechts ermangelte, so konnte er auch gar nicht in den Fall kommen, von der praescriptio (etwa im Wege einer replicatio) Gebrauch zu machen. Gegen denjenigen, der ihn gewaltsam aus dem Besitze vertreibt, mag jedoch derjenige, welcher diese

*) Jedenfalls wäre damit doch immer die Zulässigkeit der longi t. pr. bei beweglichen Sachen eben auch für die Eigenthumsfrage ausgesprochen, vgl. May a. a. O. p. 15 f.

Verjährung für sich hat, das volle Recht eines Eigenthümers geltend machen. Eben so kann er gleich einem Eigenthümer gegen denjenigen, der über ihn in contumaciam einen Sieg erfochten hat, binnen Jahresfrist die Wiederherstellung des Rechtsstreits nachsuchen, wenn er wegen der Fortsetzung desselben Sicherheit anbietet. Diese beiden Bestimmungen sind zwar erst in einer Verordnung Justinian's ausgesprochen (l. 8. §. 2. 3. C. de praescr. XXX vel XL ann. 7. 39.); sie schließen sich aber so ganz an das vorjustinianische Recht an, daß sie füglich hier schon erwähnt werden konnten [576]).

II.

Veränderungen Justinian's.

§. 177.

So stand es mit dem Rechte der Eigenthumsersitzung, als Justinian wichtige Veränderungen in demselben vorzunehmen anfieng. Die l. 8. C. de praescr. XXX vel XL annorum 7. 39. ist der erste Schritt, den er auf diesem Wege machte. Sie fällt in das Jahr 528. (vgl. Pet. Relandi fast. consul. p. 698. Herrmann in Kriegel Corp. iur. Tom. II. p. 482. Not. 14. v. Buchholtz in Sell's Jahrb. II. p. 116. Not. 39.). Ihr Inhalt ist folgender:

„Si quis emtionis vel donationis vel alterius cuiuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit, et longi temporis exceptionem contra dominos eius vel creditores hypothecam eius praetendentes sibi acquisierit, posteaque fortuito casu possessionem eius rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere

---

576) Natürlich kann der Eigenthümer, der durch den Besitzer in Folge einer dreißig- oder vierzigjährigen Verjährung ausgeschlossen ist, seine Eigenthumsansprüche wieder geltend machen, sobald der durch die Verjährung geschützte Besitzer den Besitz verliert, und dieser in die Hände eines Dritten gekommen ist. L. 8. §. 1. C. de pr. XXX vel XL ann. Nur muß dieser nicht durch rechtliche Uebertragung desjenigen, der die Verjährung für sich hat, zum Besitze gelangt sein, sonst wäre in Folge dieser Uebertragung auch das durch Verjährung begründete Recht auf ihn übertragen.

sancimus. Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant. §. 1. Quodsi quis eam rem desierit possidere, cuius dominus, vel is, qui suppositam eam habebat, exceptione triginta vel quadraginta annorum expulsus est, praedictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei praestari censemus, ut, si quidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti praesidio, sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur, ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit, vel suppositam eam habebat, et memoratae exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi acquirat. Sin vero nullum ius in eadem re quocunque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino, vel creditori, qui nomine hypothecae rem obligatam habuit, et heredibus eorum ab iniusto detentatore eam vindicare, non obstante ei, quod prior possessor triginta vel quadraginta annorum exceptione eum removerat, nisi ipse iniustus possessor triginta vel quadraginta annorum, ex eo tempore computandorum, ex quo prior possessor, qui evicit, ea possessione cecidit, exceptione munitus sit. §. 2. Sed haec super illis detentatoribus censemus, qui sine violentia eandem rem nacti sunt; nam si quis violenter eam abstulerit, omnimodo licebit priori possessori, sine ulla distinctione eam vindicare. §. 3. Sed et si quis non per vim, sed per sententiam iudicis eam detinuit, ea tamen occasione, quod absens prior possessor ad litem vocatus minime responderit, licebit ei ad similitudinem ceterorum, qui rei dominium habent, intra annum se offerenti, cautionemque suscipiendae litis danti, eandem rem recipere, superque ea cognitionalia subire certamina[577]).

Justinian's Verordnung betrifft sowohl die zehn- und zwanzigjährige, als auch die dreißig- und vierzigjährige Verjährung. Im Eingange der Stelle ist von der zehn- und zwanzigjärigen Verjährung die Rede. Indem verordnet wird, daß durch die longi temporis praescriptio allemal eine Eigenthumsklage begründet werden soll, wird diese Verjährungsart völlig in eine erwerbende Eigenthumsverjährung verwandelt,

---

577) Der §. 4. bezieht sich auf den Gebrauch der praescriptio XXX vel XL annorum gegen Schuldansprüche.

was sie freilich auch bisher der That nach*) gewesen war (vgl. §. 174.)[578]. In den folgenden Absätzen (§. 1—3.) handelt die Verordnung von der dreißig- und vierzigjährigen Verjährung. Hier wird Aehnliches verordnet. Auch diese Verjährungsart soll ein Klagerecht begründen[579]), (also die Kraft einer erwerbenden Ersitzung haben), aber nur zu Gunsten eines Besitzers, der in redlicher Meinung die Sache erworben hat; der unredliche Besitzer genießt also fortdauernd nur einen unvollkommenen und auf die Dauer des Besitzes beschränkten

---

*) Dem practischen Erfolge nach, meint der Verf. offenbar. Man kann diesen Worten aber noch einen ausgedehnteren Sinn unterlegen. Die longi temp. pr. war von Anfang an keine reine Klagverjährung, da sie in der Person des Präscribenten gewisse Erfordernisse voraussetzt, und so überwiegend als Erwerb eines Exceptionsrechtes erscheint, welches allerdings zunächst noch kein formelles Eigenthum verschafft. vgl. Keller Civ.-Proc. §. 93 a. E. Demelius Unters. p. 82 ff. Brinz Pand. I. p. 164. 205 f. Eine „indirecte Ersitzung" nennt auch Arndts Pand. §. 157. die l. t. pr., während Puchta Pand. §. 155. Vorl. ebend. v. Savigny Syst. §. 238. u. A. sie als Verjährung der Eigenthumsklage characterisieren.

578) Mit Recht sagt daher die Verordnung „Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant." Cuiacius (comm. ad tit. C. de praescr. XXX vel XL annorum) und Raguellus (comm. ad constitutiones et decisiones Iustiniani. Paris 1610. 4.) meinen, Justinian habe bei diesen Worten die Ersitzung der Dienstbarkeitsrechte (vgl. §. 198.) im Auge gehabt, wo allerdings ein neues Klagerecht aus der Ersitzung entsprang. — Uebrigens hat man über den Einfluß dieser Verordnung auf das Recht der zehn- und zwanzigjährigen Verjährung schon zur Zeit der Glossatoren sich gestritten (vgl. Haenel Diss. dom. vet. coll. §. 27. Roger. §. 27. cod. Chis. §. 55. Hugol. §. 327. 328. Durch die aufzustellende Ansicht über den Einfluß der l. un. C. de usuc. transf. (vgl. §. 178.) wird diese Streitfrage ohnehin beseitigt.

579) Die Verordnung sagt „ut simili possit uti praesidio"; dieses simile praesidium ist nun aber im ersten Absatze der Stelle (im principium) genannt, und ist nichts anderes als die „actio ad vindicandam rem." [Fritz erblickt zwar in dieser immer noch die Publiciana und darin den Beweis, daß durch die außerordentliche Ersitzung nicht eigentlich Eigenthum erworben werde a. a. O. p. 436. Anm. Allein daß er eine Neuerung einführen wolle, giebt Justinian in L. 8. pr. C. cit. deutlich genug zu erkennen, nur daß sie materiell nicht zu anderen Resultaten führe . . . . si quis eas *recte* inspexerit . . . . als man bisher auf einem Umwege erreicht hatte.] Möllenthiel (v. d. Natur d. gut. Glaubens p. 95.) will darauf ein Gewicht legen, daß der dreißig- und vierzigjährigen Ersitzung nur eine ähnliche Wirkung (simile praesidium) beigelegt ist, wie der zehn- und zwanzigjährigen. Ich bin aber fest überzeugt, daß er darin Unrecht hat.

Schutz. Von den beiden Ausnahmen, die dieser Regel hinzugefügt sind (vgl. §. 2. 3. der Verordnung), ist schon im §. 176. die Rede gewesen.

§. 178.

Wichtiger noch als die so eben erläuterte Verordnung ist eine zweite, die im Justinianischen Codex gleich durch die Ueberschrift den Zweck ankündiget, eine Umgestaltung in dem Rechte der usucapio zu bewirken. Es ist dieses die l. un. C. de usuc. transf. 7. 31., welche im Jahre 531. Kal. Nov. oder XV. Kal. Nov. (das letzte ist in der Göttinger Ausgabe und bei Herrmann) erschien. Bereits war durch die l. un. C. de nudo iure Quir. toll. 7. 25. der Unterschied zwischen dem in bonis esse und dem Quiritischen Eigenthume von Justinian förmlich aufgehoben worden. Natürlich konnte seit dieser Zeit von einer Anwendung der usucapio zur Verwandlung des in bonis esse in Quiritisches Eigenthum nicht weiter die Rede sein. Zugleich war dadurch der Unterschied zwischen den res mancipi und den res nec mancipi in der That schon völlig vernichtet; denn die bloße Uebergabe, welche früher nur ein in bonis esse begründet hatte, mußte jetzt volles Eigenthum geben. Auch für die Zulassung der usucapio bei den fundi provinciales war der Weg gebahnt, denn seit langer Zeit mochte man das Recht, welches dem Besitzer eines fundus provincialis zustand, ganz und gar als ein in bonis esse betrachtet haben. Justinian mußte fühlen, daß die bisherigen Unterschiede ihren letzten Halt verloren hatten, und es kam nur darauf an, sich zu entscheiden, ob man das Recht der usucapio auch auf die fundi provinciales ausdehnen, oder ob man diese Gelegenheit benutzen sollte, um überhaupt das Recht der usucapio umzugestalten. Das erste lag eigentlich am nächsten, das letzte war aber unstreitig das Zweckmäßigere. Italien war damals in den Händen der Ostgothen. Wenn nun zwar auch außer Italien viele Grundstücke als praedia in Italico solo geachtet wurden, so ist doch einleuchtend, daß nur ein verhältnißmäßig sehr kleiner Theil des damaligen Römischen Gebiets dem ius Italicum unterworfen war; bei allen übrigen Grundstücken war von jeher nur die longi temporis praescriptio angewendet worden, die sich übrigens von der usucapio, die längere Zeitdauer abgerechnet, im Wesentlichen

nicht unterschied, und zu jener Zeit bereits die Natur einer longa possessione capio angenommen hatte, wenn auch der Name nicht üblich war. Sollte es also nicht passender sein, die Minderzahl der im Römischen Gebiete befindlichen Grundstücke demjenigen zu unterwerfen, was bei der entschiedenen Mehrzahl Statt fand? Dieses schien um so räthlicher, als die kurze Verjährungszeit, welche für den beschränkten Verkehr der altrömischen Zeit hinreichend gewesen sein mochte, für den ungleich ausgedehntern Verkehr der Justinianischen Zeit nicht mehr paßte. Justinian hielt es sogar für zweckmäßig, bei dieser Gelegenheit auch für die beweglichen Sachen die Verjährungszeit zu verlängern, damit die Verjährung der letzteren zu der der Grundstücke in ein richtigeres Verhältniß gesetzt würde. Demnach verordnete er: [580])

„Cum nostri animi vigilantia ex iure Quiritium nomen et substantiam sustulerit, et communes exceptiones in omni loco valeant, decem vel viginti vel triginta annorum, vel si quae sunt aliae maioris aevi continentes prolixitatem [581]), satis inutile est, usucapionem in Italicis quidem soli rebus admittere, in provincialibus autem recludere; sed et si quis res alienas, Italicas tamen, bona fide possidebat per biennium, miseri rerum domini excludebantur, et nullus eis ad eas reservabatur regressus. Quae et nescientibus dominis procedebant; quo nihil inhumanius erat, si homo absens et nesciens tam angusto tempore suis cadebat possessionibus. Ideo per praesentem legem et in Italicis soli rebus, quae immobiles sunt vel esse intelliguntur [582]),

---

580) Die Abtheilung in §§. habe ich der Bequemlichkeit wegen machen zu dürfen geglaubt.

581) Die Worte „et communes exceptiones . . . . prolixitatem“ beziehen sich auf die l. 1. C. de ann. exc. 7. 40. Durch die Aufhebung dieser exceptio hatte Justinian den Anfang gemacht, die Unterschiede zwischen dem Italicum solum und den fundi provinciales zu vernichten; die gegenwärtige Verordnung soll das angefangene Werk vollenden.

582) Diese Worte „vel esse intelliguntur“ sollen nach Einigen [z. B. Rudorff in Puchta's Inst. §. 240. Not. i.] auf die Ersitzung der Dienstbarkeitsrechte sich beziehen, nach Andern [so Hameaux a. a. O. p. 98.] auf solche bewegliche Sachen, welche wegen ihrer Verbindung mit dem Boden den unbeweglichen gleich geachtet werden. Das letzte möchte wahrscheinlicher sein; denn wie konnte Justinian bei einer Umgestaltung der *usucapio* an die Dienstbarkeitsrechte denken, bei welchen eine *usucapio* längst nicht mehr mög-

sicut annalem exceptionem, ita et usucapionem transformandam esse censemus, ut tantummodo et his decem vel viginti vel triginta annorum, et aliarum exceptionum tempora currant, huiusmodi angustiis penitus semotis. §. 1. Cum autem antiqui et in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerant alienatae, vel quocunque modo, bona fide tamen, detentae, usucapionem extendebant non in Italico solo nexu, sed in omnem orbem terrarum, et hanc annali tempore concludebant[583]), et eam duximus esse corrigendam, ut, si quis alienam rem mobilem seu se moventem in quacunque terra, sive Italica, sive provinciali, bona fide per continuum triennium detinuerit, is firmo iure eam possideat, quasi per usucapionem ei acquisitam. §. 2. Hoc tantummodo observando, ut in his omnibus casibus (d. h. sowohl bei der zehn-, zwanzig-, dreißig- und mehrjährigen Verjährung, als auch bei der dreijährigen usucapio) ab initio eam bona fide capiat, secundum quod exigit longi temporis praescriptio, et ut continuetur ei possessio etiam anterioris iusti possessoris, et connumeretur in decennium, vel viginti annorum spatium, vel tricennium[584]). Quod et in rebus mobilibus observandum esse censemus, ut in omnibus iusto titulo possessionis *) antecessoris iusta detentio, quam in re habuit,

---

lich gewesen war? Am bequemsten, aber freilich auch am bedenklichsten ist es, die schwierigen Worte zu streichen.

583) Die offenbare Sinnlosigkeit dieser Stelle macht die von Cuiacius (paratitla ad Cod. tit. de usucap. transform.) vorgeschlagene Versetzung des Wortes *nexu* annehmlich. Man lese nämlich „Cum antiqui et in rebus mobilibus vel se moventibus, quae fuerant *nexu* alienatae . . . . usucapionem extendebant non tantum in Italico solo, sed in omni orbe terrarum . . . .“

584) Cuiacius will, daß man für „tricennium“ lese *triennium* [was in der That der handschriftlichen Beglaubigung nicht entbehrt und deshalb von Herrmann in den Text aufgenommen ist.] Mit Unrecht; denn auf die dreijährige Ersitzung wird sogleich in den folgenden Worten noch besonders Rücksicht genommen („quod et in rebus mobilibus observandum esse censemus“). Die dreißigjährige Verjährung ist aber bereits am Ende des principium erwähnt worden, und darf also hier nicht fehlen.

*) Die Worte „iusto titulo possessionis“ hält Fritz a. a. O. p. 446. Not. 2. p. 452. 453. für ein Glossem. Ohne Noth, da der Satz „Quod et in rebus mobilibus . . . . coepta est“ doch wohl nur von beweglichen Sachen spricht, und die vorher für die longi temporis praescriptio gegebenen Bestimmungen über mala fides superveniens und accessio possessionis für die usucapio wiederholt. s. auch Hameaux a. a. O. p. 158 ff., wo jedoch übrigens die Stelle völlig mißdeutet, und aus ihr die Regel herausgelesen wird, auch

non interrumpatur ex posteriore forsitan alienae rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea coepta est [585]). §. 4. Ita etenim ampliatur quidem longi temporis materia, quae ei subdita est, minuitur autem usucapionum compendiosa dominis iactura et eius iura nocentia. Cum etiam res dividi mancipi et nec mancipi satis antiquum est, et merito antiquari oportet, ut sit rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis."

Mit dieser Verordnung muß zusammen gehalten werden die Institutionenstelle, in welcher der Inhalt derselben kurz berichtet wird.

Pr. I. de usucap. 2. 6. „. . . . . Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora (nämlich anni vel biennii), nobis melior sententia resedit, ne domini maturius rebus suis defrau-

---

der Singularsuccessor bedürfe bei der usuc. rer. mobil. der bona fides nicht. Dieß wiederlegt sich schon durch den oben citierten Eingang „*quod et in rebus mobilibus* observandam esse censemus", während nach Hameaux hier für sie etwas ganz Anderes verordnet wäre. vgl. auch May a. a. O. p. 71 f. Bd. I. p. 465. Not *).

585) Hier muß man übersetzen „so daß bei allen Sachen, unbeweglichen sowohl als beweglichen', die durch einen gerechten Besitztitel des Vorgängers gerechtfertigte Inhabung, welche (der neue Erwerber zur Zeit seiner Erwerbung) gehabt hat, nicht unterbrochen wird, wenn es etwa späterhin zu seiner Kunde kommt, daß die Sache eine fremde ist; gesetzt auch, daß die Inhabung in Folge einer unvergeltlichen Erwerbung ihren Anfang genommen hat." Man braucht demnach weder mit einer in der Spangenbergischen Ausgabe verglichenen Göttinger Handschrift zu lesen „ut et in omni iusto titulo possessionis", noch auch eine Veränderung (etwa ut in omnibus iusto titulo possessionibus) zu versuchen. Zweifelhaft bleibt immerhin die in den letzten Worten („licet ex titulo lucrativo ea coepta est") liegende Beziehung. Man kann 1) auf die Vermuthung gerathen, als habe man vor Justinian bei der usucapio eine Unterbrechung der usucapio durch die „alienae rei scientia" angenommen, wenn die Besitzerwerbung „ex titulo lucrativo" begründet war. Diese Vermuthung hat auch sonst manche scheinbare Gründe für sich (vgl. Th. 1. §. 97.), die aber dennoch nicht im Stande sind, ihr Gewißheit zu verschaffen. Es versteht sich von selbst, daß die zweifelhaften Worte, die uns jetzt beschäftigen, nicht im Stande sind, einen Ausschlag zu geben. Man kann aber auch 2) die mißlichen Worte als ein zur Beseitigung eines bloß möglichen Zweifels hinzugefügtes Einschiebsel betrachten, ohne an eine tiefere geschichtliche Bedeutung derselben zu denken. Dieser Ausweg wird zwar immer auch etwas gegen sich haben; er verdient aber doch wohl den Vorzug.

dentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est, inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis usucapiantur; et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominia rerum, iusta causa possessionis praecedente, acquirantur."

Die genaue Vergleichung und Erwägung möchte nun folgendes ergeben:

I. Daß die Eigenthumsverjährung, wie sie in Folge der Justinianischen Verordnung bei den beweglichen Sachen Statt findet, eine usucapio sei, kann nicht bezweifelt werden; nur ist die Verjährungszeit verlängert (l. un. §. 1.), und durch die allgemeinen Bestimmungen, welche die Verordnung enthält (l. un. §. 2.), ist ebenfalls in Beziehung auf das Zusammenrechnen des Besitzes eine kleine Veränderung gemacht (vgl. §. 186.). Zwar spricht die Justinianische Verordnung (l. un. §. 1.) von dieser dreijährigen Verjährung auf eine Weise, welche anzudeuten scheint, Justinian betrachte sie nicht mehr als eine wahre usucapio („*quasi* per usucapionem eam acquisitam"). Allein in den Institutionen ist keine Spur einer Bedenklichkeit in Ansehung des Ausdrucks usucapio wahrzunehmen, und auch in den Digesten ist der Ausdruck usucapio da, wo von der Verjährung beweglicher Sachen die Rede ist, allenthalben beibehalten. Ohne Bedenken dürfen wir also annehmen, daß die dreijährige Verjährung sich in allen Punkten, die nicht durch die l. un. ausdrücklich festgestellt sind, nach dem alten Rechte der usucapio richtet.

II. Schwieriger ist die Entscheidung in Beziehung auf die zehn- und zwanzigjährige Verjährung. Eine solche hatte es lange vor Justinian gegeben, obschon nicht eigentlich als erwerbende Verjährung, sondern als longi temporis praescriptio. Diese in den rechtlichen Grundsätzen hin und wieder etwas abweichende Verjährungsart war nun bereits durch die l. 8. C. de pr. XXX vel XL ann. in eine erwerbende Verjährung verwandelt (vgl. §. 177.), aber ohne daß in den rechtlichen Erfodernissen derselben irgend etwas geändert worden wäre. So stand also zu der Zeit, als die l. un. C. de usuc. transf. erlassen

wurde, der usucapio bereits eine Verjährung „durch lange Zeit“ (eine longa possessione capio) zur Seite, deren rechtliche Natur zwar im Ganzen genommen die der usucapio war, weil ja die longi temporis praescriptio im Wesentlichen auf das Recht der usucapio sich gründete, die denn aber doch von der usucapio in allen den Punkten abwich, in welchen ein Unterschied zwischen der usucapio und der longi temporis praescriptio Statt fand. Was scheint nun natürlicher, als daß man diese damals schon vorhandene und bei allen fundi provinciales geltende longa possessione capio auch auf die praedia in Italico solo übertrug? So dachte ich früher (Verj. d. fortges. Bes. §. 64. Nro. 6.) und „das unverkennbare Bestreben, die in die Digesten aufgenommenen Stellen, welche bei Grundstücken der usucapio erwähnten, so zu verändern, daß man“ die Ausdrücke usucapio, usucapere vermied, und mit longa possessione capere und ähnlichen vertauschte, schien mir für meine Ansicht nicht unwichtig zu sein. Dennoch bin ich späterhin in meiner Ansicht schwankend geworden, und halte es jetzt am gerathensten, der gewöhnlicheren Meinung beizutreten, welche die Erwerbung des Eigenthums durch zehn- und zwanzigjährigen Besitz als eine sich unmittelbar an die alte (zweijährige) usucapio anschließende Verjährungsart behandelt, und daher in den Punkten, wo das Recht der usucapio von der longi temporis praescriptio abweicht, nicht das letzte, sondern das erste zur Anwendung bringt*).

*) Man hat eine Menge von Unterschieden in neuerer Zeit aufgestellt, welche zwischen usucapio und longi temporis praescriptio Statt finden, und noch im Justinianischen Rechte Geltung haben sollen. Am weitesten ist hierin Hameaux in seinem öfter genannten Buche über usucapio und l. t. pr. gegangen. Seine Widerlegung hat sich in einer eigenen Schrift zur Aufgabe gemacht May Ueber den Character der ordentlichen Eigenthumsersitzung nach L. un. C. de usuc. transf. Bamb. 1847. Die einzelnen von Hameaux hervorgehobenen Punkte sind bereits früher ausführlich von uns besprochen; wir können deshalb gegenwärtig einfach auf die betreffenden Stellen verweisen. 1) Nur bei der l. t. pr. fordert das canon. R. bona fides continua. s. dag. Note *) nach Anm. 316. 2) Bei der usucapio braucht der Singularsuccessor, um auf die accessio possessionis Anspruch zu machen, nicht im guten Glauben zu sein. s. dag. Note *) nach Anm. 559. und 584. 3) Bei condemnierendem Erkenntnisse wird die Usucapion durch das Urtheil, die l. t. pr. immer schon durch die Litiscontestation unterbrochen. s. deshalb Note **) nach Anm. 436. 4) Bei dieser muß der letzte Tag vollständig abgelaufen sein, bei jener kommt die Regel zur Anwendung dies coeptus pro completo habetur. s.

Es lassen sich dafür folgende Gründe anführen. 1) In der l. un. pr. ist die Absicht ausgesprochen, die usucapio in Ansehung der unbeweglichen Gegenstände umzugestalten (transformare), nicht aber sie ganz aufzuheben und mit einer auf einer andern Grundlage beruhenden Verjährungsart zu vertauschen. Dieser Grund würde freilich noch entscheidender sein, wenn nicht Justinian selbst die Veränderung, die er mit der usucapio vornimmt, mit derjenigen zusammenstellte, welche er früherhin in Ansehung der annalis exceptio Italici contractus vorgenommen hatte; daß dieses eine völlige Aufhebung war, ist bekannt genug. 2) Aus dem §. 2. der l. un. ist nicht undeutlich zu sehen, daß Justinian alle Arten der erwerbenden Eigenthumsverjährung auf gleiche Grundsätze zurückführen will. Wahrscheinlich glaubte er auch durch die wenigen näheren Bestimmungen, die er aufzustellen für nöthig findet, die gewünschte Gleichförmigkeit wirklich erreicht zu haben. Dieses ist nun freilich nicht der Fall; aber deswegen darf die nicht zu verkennende, und auch an sich so natürliche Absicht des Kaisers, das Recht der Eigenthumsverjährung gleichförmig zu machen, nicht aus den Augen verloren werden. 3) Besonders wichtig ist, daß in der angeführten Institutionenstelle die langjährige Verjährung bei unbeweglichen Gegenständen wirklich als eine usucapio dargestellt wird („immobiles vero per longi temporis possessionem . . . . usucapiantur"). Auch aus den folgenden Stellen des Institutionentitels ist zu ersehen, daß die langjährige Ersitzung der unbeweglichen Gegenstände wirklich als eine usucapio betrachtet werden sollte. Die sorgsame Veränderung

---

dag. Not. *) nach Anm. 306. und 577. 5) Das Pfandrecht wird durch l. t. pr., nicht durch usuc. aufgehoben; davon gilt, was Puchta Inst. §. 240. Not. m. sagt, dieser Unterschied beziehe sich nicht auf die Ersitzung als Eigenthumserwerb. 6) Bei einer iusta causa absentiae laufe die usucapio, nicht aber die l. t. pr. gegen Abwesende. vgl. Anm. 493. — Aus dieser Zusammenstellung ergiebt sich am ersichtlichsten, wie schon zu Justinian's Zeiten, seit er auch auf Grund der l. t. pr. eine directe Eigenthumsklage verstattet hatte, die ganze Abweichung beider Institute nur in der Länge der Ersitzungszeit, der Anwendung auf fundi Italici und der Behandlung der Sachen Minderjähriger sich zeigte. Als nun im Jahre 531. diese Verschiedenheiten beseitigt wurden, war damit in der That eine vollständige Verschmelzung beider Ersitzungsarten herbeigeführt, ohne daß man sagen könnte, es sei die eine in die andere umgewandelt worden. vgl. bes. Böcking Pand. §. 144. Not. 24.

der Digestenstellen, die von einer usucapio unbeweglicher Gegenstände sprechen, beweist bloß, daß man es zweckmäßig fand, den Begriff der usucapio im engeren Sinne auf die dreijährige Ersitzung beweglicher Sachen zu beschränken und in Ansehung der Immobilien bei jeder Gelegenheit auf die durch die neue Verordnung bewirkte bedeutende Verlängerung der Ersitzungszeit aufmerksam zu machen. 4) Es ist zwar wahr, daß es eigentlich schon seit der l. 8. C. de pr. XXX vel XL ann. eine longa possessione capio giebt (vgl. §. 177.), und daß diese offenbar nicht aus der usucapio, sondern aus der longi temporis praescriptio hervorgegangen ist. Wie natürlich es nun aber scheinen mag, die aus der l. un. begründete longa possessione capio als dieselbe zu betrachten, welche bereits in Folge der l. 8. cit. vorhanden war, so ist doch zu bedenken, daß die Veränderung, welche durch die l. 8. cit. bewirkt war, noch so wenig Wurzel gefaßt hatte, daß Justinian bei Abfassung der l. un. sie füglich unbeachtet lassen konnte. Ohnehin war der Ausdruck longa possessione capio durch die l. 8. cit. nicht eingeführt, und überhaupt die Veränderung, welche durch diese Verordnung in dem Rechte der langjährigen Verjährung bewirkt wurde, als unbedeutend behandelt worden.

III. Ueber die dreißig- und vierzigjährige Verjährung ist noch schwerer zu entscheiden. Die Gründe, welche uns bewegen könnten, die zehn- und zwanzigjährige Verjährung auch nach Justinianischem Rechte, obgleich sie eine erwerbende Ersitzung ist, dennoch nach den Grundsätzen der longi temporis praescriptio, und nicht nach den Grundsätzen der usucapio zu beurtheilen, gelten in ähnlicher Art auch hier. Dazu kommt noch, daß in der Institutionenstelle die dreißig- und vierzigjährige Verjährung in keinerlei Hinsicht als eine Art der usucapio angeführt wird. Dagegen ist aber wieder entscheidend, daß in der l. un. die dreißig- und vierzigjährige Verjährung neben der zehn- und zwanzigjährigen genannt wird, und in der Umschmelzung, welche die usucapio durch diese Verordnung erleidet, eben so wohl wie jene begriffen ist. Wenn man nun annimmt, daß die zehn- und zwanzigjährige Ersitzung eine usucapio mit etwas veränderten rechtlichen Erfodernissen ist, so kann man nicht umhin, auch die dreißig- und vierzigjährige Verjährung, inso-

ferne sie eine erwerbende Verjährung ist, auf ähnliche Weise zu beurtheilen*).

IV. Von der longi temporis praescriptio als einem bloßen Vertheidigungsmittel gegen Eigenthumsansprüche ist in der l. un. eben so wenig die Rede, als bei der praescriptio XXX vel XL annorum jene ursprüngliche Wirksamkeit zu Gunsten des Besitzes besonders berührt wird. Wie nun? Sollen wir neben der longa possessione capio, welche durch die l. un. begründet ist, noch eine eigentliche longi temporis praescriptio, und neben der Eigenthumserwerbung durch dreißig- und vierzigjährigen Besitz noch eine eigentliche praescriptio XXX vel XL annorum annehmen? Ich glaube diese Fragen also beantworten zu können. 1) Die longi temporis praescriptio hatte, insoferne sie gegen Eigenthumsansprüche angewendet wurde, bloß den Zweck, die usucapio zu ersetzen. Dieser Zweck fällt weg, da durch die l. un. eine Ausdehnung der usucapio auf diejenigen Gegenstände bewirkt worden ist, bei welchen bisher bloß die longi temporis praescriptio anwendbar gewesen war. Es bedurfte daher gar nicht einmal einer ausdrücklichen Aufhebung der longi temporis praescriptio, um sie in dieser Hinsicht ganz außer Kraft zu setzen. 2) Anders ist es mit der praescriptio XXX vel XL annorum. Diese hat seit der l. 8. C. de pr. XXX vel XL ann. ganz sichtbar eine doppelte Natur. Sie ist eine Art von erwerbender Verjährung, wenn der Besitz in redlicher Meinung erworben worden ist; außerdem ist sie eine reine praescriptio. Insoferne nun die dreißig- und vierzigjährige Verjährung eine erwerbende Verjährung ist, finden wir sie in die Umgestaltung der usucapio verwickelt; es versteht sich also von selbst, daß sie in der Form, die wir ihr zufolge der l. 8.

*) Dagegen erklärt sich namentlich Fritz Gieß. Zeitschr. III. p. 435—453. Der Verf. selbst gebe (p. 96.) zu, daß die außerordentliche Ersitzung bei ihrer Einführung an die Bedingungen der Klagverjährung geknüpft worden sei; eine spätere Umgestaltung derselben lasse sich aber aus L. un. C. cit. nicht nachweisen, da auch in Betreff der longi temporis praescriptio dort keineswegs direct bestimmt werde, daß sie sich nach den Regeln der usucapio richten solle, man dieß vielmehr erst anderweitig folgern müsse. Bei der Evidenz dieses Argumentes konnte die Unterholznersche Lehre wenig Anklang finden. Nur Brinz Pand. I. p. 224. 225. meint, die longissimi temporis praescriptio sei gleich von Anfang an der Usucapion nachgebildet. Seine Gründe wollen mich freilich nicht recht haltbar dünken. vgl. unten p. 107. Anm. *)

cit. beilegen müßten, nicht ferner mehr Anwendung findet, sondern nur in derjenigen, welche ihr in Folge der l. un. beigelegt werden muß. Die praescriptio XXX vel XL annorum als solche ist dagegen unberührt geblieben, und muß also auch in dem neuesten Justinianischen Rechte fortbestehen, und zwar ganz in ihrer ursprünglichen rechtlichen Natur, so daß in den abweichenden Punkten nicht das Recht der usucapio, sondern das für die praescriptio XXX vel XL annorum überhaupt geltende Recht in Anwendung gebracht wird. Wie anstößig es also auch scheinen mag, daß die dem dreißig- und vierzigjährigen Eigenthumsbesitzer zustehende Verjährung auf ganz verschiedene rechtliche Grundlagen zurückgeführt wird, je nachdem diese Verjährung eine erwerbende oder eine bloß schützende ist, so wird man doch nicht umhin können, die so eben entwickelten Grundsätze zu billigen, wenn man nicht die Schuld eines willkürlichen Verfahrens auf sich laden will. Wo es freilich darauf ankommt, eine neue Gesetzgebung zu gründen, da dürfen dergleichen Verschiedenheiten, die nur geschichtlich erklärbar sind, keine Aufnahme finden; aber bei einem Gebäude, das unter vielfach beschränkenden Einflüssen im Laufe von Jahrhunderten entstanden ist, pflegt Manches neben einander zu erscheinen, was nicht im gleichen Stile aufgeführt ist[586]).

V. Insoferne die hundertjährige Verjährung in Beziehung auf die Römische Kirche noch als anwendbar betrachtet wird, und dann an die Stelle der dreißig- oder vierzigjährigen tritt, gilt von ihr alles, was in Beziehung auf die dreißig- und vierzigjährige Verjährung gesagt worden ist. Es mußte also auch bei ihr der Unterschied zwischen einer erwerbenden und einer schützenden Verjährung angewendet werden können.

---

586) Ich will jedoch lieber nur sogleich bemerken, daß die nach Römischem Rechte neben der erwerbenden Verjährung geltende zweite Art der dreißig- und vierzigjährigen Verjährung (die bloß befestigende Verjährung) heut zu Tage wegen des Einflusses der kirchlichen Rechtsgrundsätze unanwendbar ist. Vgl. den folgenden §. 179.

III.

Kirchliches und einheimisches Recht.

§. 179.

Die Bestimmung des kirchlichen Rechts, welche für jede ersitzende Verjährung eine gewisse Redlichkeit des Besitzes fodert, (Th. I. §. 92.) ist auf die Lehre von der Eigenthumsersitzung nicht ohne wichtigen Einfluß geblieben. Wie so eben gezeigt worden ist, besteht im Justinianischen Rechte die dreißig- und vierzigjährige Verjährung in einer doppelten Eigenschaft, nämlich als erwerbende Verjährung, wenn die Redlichkeit des Besitzes vorhanden ist, und als eine bloß schützende, wenn es an einer solchen Redlichkeit fehlt. Diese schützende Verjährung fällt nun aber für die Anwendung des Römischen Rechts ganz weg, weil eine ersitzende Verjährung ohne Redlichkeit gar nicht weiter Statt finden soll. — Auf dieselbe Weise darf angenommen werden, daß auch die hundertjährige Verjährung, insoferne sie als fortbestehend betrachtet werden kann, nur als eine erwerbende Verjährung in der Eigenthumslehre aufzuführen ist.

Die in unseren einheimischen Rechtsquellen vorkommende Verjährung von Jahr und Tag schützt unstreitig auch den Eigenthumsbesitz, und ist daher in der Lehre von der Eigenthumsverjährung nicht unerwähnt zu lassen, obgleich sie nur hie und da als besonderes Recht in Anwendung kommt (vgl. Th. 1. §. 23.).

Diejenigen, welche die unvordenkliche Verjährung als ein ganz allgemeines Aushülfsmittel betrachten (vgl. Th. 1. §. 147.), lassen dieselbe natürlich auch als Eigenthumsverjährung in allen Fällen zu, wo keine von den Verjährungen mit bestimmter Zeit zulässig ist.

Zweites Hauptstück.

Zusammenstellung der Rechtsgrundsätze.

I.

Einleitung.

§. 180.

Diese Zusammenstellung wird sich auf die erwerbende Eigenthumsverjährung beschränken, indem, wie schon bemerkt worden, die bloß schützende durch die Grundsätze des kirchlichen Rechts gänzlich ausgeschlossen ist (vgl. §. 179.). Man pflegt aber die erwerbende Eigenthumsverjährung in eine ordentliche und eine außerordentliche einzutheilen. Zur ordentlichen rechnet man die dreijährige Verjährung der beweglichen und die zehn- und zwanzigjährige Verjährung der unbeweglichen Sachen. Zur außerordentlichen rechnet man die dreißig- (und vierzig- auch wohl hundert-)jährige Verjährung, welcher man noch die unvordenkliche beifügen kann. Diese von den Neueren erfundene Unterscheidung und ihre Bezeichnung ist nicht unpassend, da diejenigen Verjährungsarten, welche man außerordentliche nennt, wirklich nur in außerordentlichen Fällen eintreten, wo es an den Erfodernissen der ordentlichen Verjährung mangelt. Es ist nämlich die ordentliche Verjährung an manche Erfodernisse gebunden, welche bei der außerordentlichen wegfallen. Doch ist die rechtliche Verschiedenheit nicht so bedeutend, daß es nöthig wäre, in der Zusammenstellung der Rechtsgrundsätze die ordentliche Verjährung von der außerordentlichen völlig zu trennen.

II.

Wirksamkeit der Eigenthumsverjährung.

§. 181.

Wenn man von der Eigenthumsverjährung behauptet, daß durch sie Eigenthum erworben werde, so braucht man für

das Justinianische Recht nicht mehr hinzuzufügen, daß dieses Eigenthum ein Quiritisches sei, weil im Justinianischen Rechte das wahre Eigenthum nur ein einziges ist. Uebrigens kann die Eigenthumsverjährung natürlich auch ein gemeinschaftliches Eigenthum begründen, und umgekehrt ein gemeinsames Eigenthum in ein ausschließendes verwandeln; es kommt dabei nur darauf an, daß die erfoderliche Beschaffenheit des Besitzes vorhanden ist. Gemeinschaftlicher Besitz wird z. B., wenn auch die übrigen rechtlichen Erfodernisse nicht fehlen, ein gemeinschaftliches Eigenthum erzeugen. Dagegen ist es undenkbar, daß die zwischen den Miterben oder sonst durch gemeinsame Erwerbung entstandene Gemeinschaft durch Verjährung unauflöslich werden könnte. Von der longi temporis praescriptio ist dieses ganz außer Zweifel[587]). Wegen der praescriptio XXX vel XL annorum wäre eher ein Bedenken möglich, weil in der l. 1. §. 1. C. de ann. exc. 7. 40. ausdrücklich bemerkt wird, daß die dreißigjährige Verjährung auch auf die Theilungsklagen (actio familiae herciscundae und communi dividundo) und auf die Grenzscheidungsklage (actio finium regundorum) Anwendung finden solle[588]). Unmöglich kann dieses aber so zu verstehen sein, als ob derjenige, der eine Erbschaft oder eine sonst gemeinsam erworbene Sache besitzt, genöthigt werden sollte, mit dem Rechtsgenossen in einer ewigen Gemeinschaft zu bleiben, weil er dreißig Jahre lang in der Gemeinschaft ausgehalten hat, oder als ob eine Grenzverwirrung verewigt sein sollte, wenn sie bereits dreißig Jahre gedauert hat, obgleich diese An-

---

587) L. 3. C. in quib. caus. css. l. t. pr. 7. 34. „Unus individuum commune pro solido possidens, intervallo temporis, quominus socius portionem vindicare vel eum communi dividundo iudicio provocare possit, non defenditur, cum neque familiae erciscundae iudicium, neque communi dividundo actio excluditur longi temporis praescriptione.“

588) In Ansehung der Grenzscheidungsklage [wurde durch Justinian mittelst Interpolation einer Verordnung von] Theodosius, Arcadius und Honorius (392) die dreißigjährige Verjährung für zulässig erklärt. L. 6. C. fin. reg. 3. 39. „Cunctis molitionibus et machinationibus amputatis, decernimus, in finali quaestione non longi temporis, sed triginta tantummodo annorum praescriptionem locum habere.“ [vgl. Die Schrift. d. Röm. Feldm. ed. Lachm. I. p. 269.] Die l. 1. Th. Cod. de act. cert. temp. fin. (vgl. Th. 1. §. 18.) hatte die „petitio finium regundorum“ von der dreißigjährigen Verjährung ausdrücklich ausgenommen. [s. Rudorff Grom. Inst. p. 441.]

sicht seit den Zeiten der Glossatoren (vgl. Haenel Diss. dom. vet. coll. §. 39. Roger. §. 10. Hugol. §. 330.) wenigstens in Ansehung der actio communi dividundo und familiae herciscundae manchmal vertheidigt worden ist. Eine solche widernatürliche Feststellung eines ganz unstatthaften Rechtszustandes widerstrebt den ersten Grundsätzen des Rechts. Uebrigens finden wir, daß die l. 1. §. 1. C. cit. die Theilungsklagen und die Grenzscheidungsklage unter den persönlichen Rechtsansprüchen aufführt, und dieser Umstand ist für die richtige Deutung jener Verordnung nicht unwichtig. Es können nämlich diese Klagen, insoferne sie auf Auseinandersetzung der Gemeinschaft, oder auf Grenzberichtigung gehen, nicht füglich als persönliche Klagen angesehen werden, vielmehr liegt gerade darin ihre dingliche Natur. Und so erklärt es sich, wie diese Klagen den gemischten beigezählt werden müssen, indem für die persönlichen Rechtsansprüche, welche aus dem Verhältnisse der Gemeinschaft oder der Grenzverwirrung hervorgegangen sind, keine besondere persönliche Klage erfunden wurde; es schien hinlänglich, wenn bei der ohnehin vorzunehmenden Auseinandersetzung oder Grenzberichtigung dergleichen persönliche Ansprüche mit zur Sprache gebracht werden könnten. Wenn nun Justinian will, daß die dreißigjährige Verjährung in dieser Hinsicht auch auf die Theilungs- und Grenzscheidungsklagen angewendet werden sollte, wer möchte das tadeln? Wer wird es nicht im Gegentheile tadelnswerth finden, daß man früherhin versucht hatte, dergleichen Ansprüche der Verjährung ganz zu entziehen, wo es alsdann, ganz gegen die Absicht des jüngeren Theodosius, möglich wurde, daß noch nach überlanger Zeit schwer auszumittelnde Thatsachen zur Sprache kamen*).

§. 182.

Die Frage, wer durch Verjährung Eigenthum erwerben könne, muß mit Beziehung auf die allgemeinen Grundsätze des

*) Noch in einer anderen Beziehung muß man die dreißigjährige Verjährung der act. fin. reg. wirksam sein lassen; dann nämlich, wenn eine Grenzverwirrung in der Art eingetreten ist, daß seit jener Zeit eine unrichtige Grenze zwischen den Parteien beobachtet wurde. Hier kann das bestrittene Stück ebensowenig wie durch die rei vindicatio auch durch die Grenzscheidungsklage zurückgefordert werden.

Verjährungsrechts beantwortet werden (vgl. Th. 1. §. 29—31.). Insbesondere werden aber auch alle, welche etwa von der Erwerbung des Eigenthums an gewissen Sachen gesetzlich ausgeschlossen sind, sich in der Unmöglichkeit befinden, solche Sachen durch Verjährung zu erwerben. Eine andere Untersuchung, gegen wen nämlich die Verjährung für zulässig zu achten ist, fällt bei dieser Verjährungsart mit der Untersuchung über die Gegenstände der Verjährung zusammen.

In Ansehung der Gegenstände wird der Unterschied zwischen der ordentlichen und der außerordentlichen Verjährung höchst wichtig. Doch giebt es einige Gegenstände, bei welchen sowohl die ordentliche als die außerordentliche Eigenthumsverjährung ausgeschlossen ist. Dieses ist der Fall 1) bei den Begriffsganzen als solchen (Th. 1. §. 49.); 2) bei den einzelnen Theilen, aus welchen Grund und Boden besteht, oder das Gebäude zusammengesetzt ist (ebd.); 3) bei geheiligten Gegenständen (Th. 1. §. 51—54.); 4) beim Gemeingute (Th. 1. §. 55.); 5) bei den zum Besitzthume eines Unmündigen gehörigen Sachen (Th. 1. §. 35.); 6) bei dem in des Vaters Verwaltung befindlichen Vermögen der in seiner Gewalt stehenden Kinder, so lange das Verhältniß der Gewalt dauert (Th. 1. §. 34.). Nur die ordentliche Eigenthumsverjährung ist ausgeschlossen: 1) bei den Sachen, welche zum Vermögen des Staats oder des Landesherrn gehören (Th. 1. §. 57. und §. 58.); 2) bei dem städtischen Besitzthume, beweglichem sowohl als unbeweglichem (Th. 1. §. 58.); 3) bei den entwendeten Sachen (Th. 1. §. 59—71.), welches übrigens bekanntlich immer nur bewegliche Sachen sein können; 4) bei unbeweglichen Gegenständen, in Ansehung deren eine gewaltsame Besitzergreifung Statt gefunden hat (Th. 1. §. 72—74.); 5) bei Sachen, die sich ein Beamter, dem Verbote der lex Iulia repetundarum entgegen, hat schenken lassen (Th. 1. §. 75.); 6) bei Sachen, welche auf eine widerrechtliche Weise veräußert worden sind, gesetzt auch, daß sie deswegen nicht sonst schon (als entwendete Sachen) der ordentlichen Eigenthumsverjährung entzogen sind (Th. 1. §. 76.); insbesondere auch bei Lehngütern, die von dem Lehnsmanne auf eine widerrechtliche Weise veräußert worden sind (ebd. §. 77.); 7) bei den im Rechtsstreite begriffenen Sachen (res litigiosae), wenn sie auf verbotwidrige Weise veräußert worden sind (ebd. §. 48.);

8) bei Sachen, welche die Eigenschaft einer Mitgift (dos) angenommen haben (Th. 1. §. 78—80.); 9) bei dem Besitzthume der Minderjährigen (beweglichem sowohl als unbeweglichem) (Th. 1. §. 35.); 10) bei dem Besitzthume der Kirchen, aber nur bei dem unbeweglichen, und nicht auch bei dem beweglichen (Th. 1. §. 41.); 11) bei denjenigen Gegenständen, welche als Heirathsgewinn (lucrum nuptiale) dem in väterlicher Gewalt stehenden Kinde zugeflossen sind, selbst wenn die väterliche Gewalt aufgehört hat (Th. 1. §. 34.). In allen diesen Fällen ist die Eigenthumsverjährung theils durch ausdrückliche Bestimmungen Justinian's ausgeschlossen, theils folgt die Ausschließung daraus, daß bereits vor Justinian die usucapio ausgeschlossen war. Da übrigens diese Ausschließung immer auch auf die longi temporis praescriptio sich bezog, so kann hier auf keinen Fall eine Bedenklichkeit entstehen; selbst nicht, wenn es zweifelhaft wäre, ob die ordentliche Eigenthumsverjährung auch bei den unbeweglichen Sachen als eine usucapio zu betrachten, und nach den Grundsätzen derselben zu beurtheilen sei. Die außerordentliche Verjährung muß dagegen dem Rechte folgen, das für die praescriptio XXX vel XL annorum gegolten hat. Noch zeigt sich eine Verschiedenheit darin, daß es Fälle giebt, wo zwar eine außerordentliche Eigenthumsverjährung nicht ganz und gar ausgeschlossen ist, wo aber doch wenigstens die dreißigjährige nicht Statt finden kann. Dieses ist der Fall 1) bei den Sachen, welche zum Besitzthume des Staats oder des Landesherren gehören[589]); 2) bei den Besitzthümern der

---

589) L. 14. C. de fund. patrim. 11. 61. (Anastasius). „Iubemus omnes, qui in quacunque dioecesi, aut quacunque provincia, vel quolibet saltu fundos patrimoniales, vel templorum, aut agonothetici seu relevatorum iugorum vel cuiuscunque iuris per quadraginta iugiter annos .... ex quocunque titulo vel etiam sine titulo hactenus possederunt, vel postea per memoratum quadraginta annorum spatium possederint, nullam penitus super dominio memoratorum omnium fundorum vel locorum vel domorum a publico actionem vel molestiam aut quamlibet inquietudinem formidare. Sed .... pro certo habeant, suum esse, quod possident vel postea possederint ....“ [Vgl. über diese Stelle noch §. 239. II. Not. *)]. Die l. 2. C. ne rei domin. 7. 38., welche von den Besitzungen handelt, „quae a colonis sive emphyteuticariis dominici iuris, reipublicae vel iuris sacrorum templorum alienatae sunt,“ und ebenso die L. 3. ib. (in Betreff der loca ad sacrum dominium pertinentia) spricht zwar nur von der Aus-

Kirchen und milden Stiftungen. In beiden Fällen tritt nur eine vierzigjährige Verjährung ein; in dem letzten Falle gar nur eine hundertjährige, insoferne die von der Römischen Kirche sich zugeschriebene Begünstigung zur Anwendung kommt.

III.

Erfodernisse der Eigenthumsverjährung.

A.

Eigenthumsbesitz.

§. 183.

Wie bei jeder ersitzenden Verjährung, so wird auch bei der Eigenthumsverjährung Besitz erfodert. Es gilt dieses sowohl von der ordentlichen Eigenthumsverjährung, als auch von der außerordentlichen. Nach den in §. 178. aufgestellten Grundsätzen genügt es eigentlich, auf das Recht der usucapio zu verweisen (l. 25., l. 44. §. ult. D. de usurp. 41. 3.). Aber davon abgesehen, so beruhte ja auch die longi temporis praescriptio auf dem Besitze, und selbst die praescriptio XXX vel XL annorum setzte, insoferne sie gegen Eigenthumsansprüche schützen sollte, auf jeden Fall den Besitz voraus, denn da eine dingliche Klage nur gegen einen Besitzer denkbar ist, und unmöglich eine Verjährung gegen Ansprüche beginnen kann, ehe der Anspruch rechtlich begründet ist (Th. 1. §. 88.), so kann auch eine Eigenthumsklage nicht durch Verjährung erlöschen, wenn nicht die Sache, welche der Anspruch betrifft, in fremdem Besitze ist[590].

schließung der longi temporis praescriptio, es ist aber wohl kein Zweifel, daß auch die dreißigjährige Verjährung ausgeschlossen ist. [Vgl. Bd. I. Anm. 185. p. 147. Not. *)]. Die agri limitanei („quos ex prisca dispositione limitanei milites ab omni munere vacuos ipsi curare pro suo compendio atque arare consueverant") sind übrigens der Verjährung gänzlich entzogen („cuiuslibet spatii temporis praescriptione cessante"). L. 3. C. de fund. limitr. 11. 59. [Vgl. Bd. I. p. 179.].

590) Daher ist in der l. 8. §. 1. C. de praescr. XXX vel XL ann. 7. 39. von einem „possessor XXX vel XL annorum" die Rede. Auch l. 2., l. 7. §. 6. C. ib. und nov. 22. c. 24. enthalten Andeutungen auf einen bei der praescr. XXX vel XL annorum vorauszusetzenden Besitz.

Der Besitz muß aber auch insbesondere Eigenthumsbesitz (Besitz mit animus domini) sein. Wer nur im Besitze sich befindet (est in possessione), ohne wirklicher Besitzer zu sein, kann natürlich kein Eigenthum durch Verjährung erwerben [591]). Dasselbe gilt bei denjenigen, welche einen (sogenannten) abgeleiteten Besitz haben, also bei dem Pfandgläubiger (l. 13. pr. D. de usurp. 41. 3.; l. 10. 12. C. de pign. act. 4. 24.), bei dem Besitzer einer ihm als precarium überlassenen Sache (arg. l. 2. C. de praescr. XXX vel XL ann. 7. 39.), bei dem emphyteuta (arg. l. 7. §. 6. C. ibid.), und natürlich auch bei dem sequester, gesetzt auch, daß ihm der Besitz überlassen wäre, (l. 39. D. de poss. 41. 2.), und bei dem superficiarius [592]). Diesen Grundsätzen gemäß kann also der Pfandgläubiger sich gegen den Verpfänder einer Sache, der diese als die seinige in Anspruch nimmt, so lange nicht auf Verjährung berufen, als er erweislich die Sache gar nicht als eine ihm zugehörige, sondern bloß als Pfandstück inne gehabt hat. Nur insoferne kann man eine

---

591) In diesem Falle sind diejenigen, die eine Sache gemiethet oder gepachtet haben (vgl. l. 1. C. comm. de usuc. 7. 30., von longae possessionis praescriptio; l. 2. C. de praescr. XXX vel XL ann. 7. 39. von der XL annorum praescriptio sprechend); ferner diejenigen, welche sie geliehen erhalten haben (vgl. l. 8. 9. D. commod. 13. 6.), die Nießbrauchsberechtigten (l. 10. §. 5. D. de A. R. D. 41. 1.; l. 8. C. de usufr. 3. 33.), diejenigen, welche in Folge einer missio in possessionem rei servandae causa eine Sache inne haben (l. 8. C. de bon. auct. iud. poss. 7. 72.), und begreiflicherweise auch diejenigen, bei welchen eine Sache niedergelegt worden ist. Der Verwalter eines fremden Vermögens (er sei nun zu der Verwaltung durch Bevollmächtigung oder durch Vormundschaft berufen, kann eben so wenig das Eigenthum durch Ersitzung erwerben (vgl. l. 7. §. 6. C. de praescr. XXX vel XL annorum 7. 39., von der XXX vel XL annorum praescriptio sprechend). Wer von mir beauftragt wird, eine Sache, welche mir übergeben werden soll, in Empfang zu nehmen, erlangt ebenfalls keinen Eigenthumsbesitz, so daß von einer Eigenthumsverjährung bei ihm nicht die Rede sein kann. Wer aber in meinem Auftrage etwas kauft, und es sich übergeben läßt, der erlangt wirklich einen Eigenthumsbesitz, und kann also auch ersitzen. Darauf geht l. 13. §. 2. D. de usurp. „Si mandavero tibi, ut fundum emas, ex ea causa traditum tibi diutina possessione capis (für usucapis), quamvis possis videri non pro tuo possidere, cum nihil intersit, quod mandati iudicio tenearis.“

592) Wer eines fremden Sklaven, den er für einen Freien hält, sich annimmt, und ihn pflegt, kann natürlich keinen Eigenthumsbesitz haben. Daher ist in der l. 5. C. in quib. caus. cess. l. t. pr. 7. 34. die longi temporis praescriptio für unzuläßig erklärt.

Unverjährbarkeit des Einlösungsrechts bei den verpfändeten Sachen zugeben. Man muß dann aber von dem dinglichen Einlösungsrechte, welches auf einem dinglichen Rechte des Verpfänders beruht, das persönliche Einlösungsrecht wohl unterscheiden, welches ein Ausfluß des Pfandvertrags ist, und in Ansehung der Verjährung ganz anderen Rücksichten folgt (vgl. §. 264.). Die Beschaffenheit des Besitzes ändert sich übrigens keineswegs auf eine der Verjährung günstige Weise, wenn die Zurückzahlung der Summe erfolgt, für welche das Pfandstück verhaftet war. Denn gesetzt, daß in einem solchen Falle der Pfandgläubiger die Sache fortdauernd in Händen behält, sei es der Aufbewahrung wegen, oder als Miether, oder auch nur, weil der Verpfänder es versäumt, die Sache abholen zu lassen, so fehlt es doch immer an einer Thatsache, welche im Stande wäre, das Verhältniß, in welchem der bisherige Pfandgläubiger zur Sache steht, in einen Eigenthumsbesitz (Besitz mit animus domini) zu verwandeln, worauf es eigentlich ankommt. In ähnlicher Art ist es denn auch schlechterdings nothwendig, daß ein ausschließender Besitz eingetreten sei, wenn unter Miteigenthümern irgend eine Verjährung, namentlich auch, wenn eine dreißig- und vierzigjährige wirksam werden und die partis vindicatio ausschließen soll. Wer die gemeinschaftliche Sache noch so lange Zeit inne gehabt hat, der kann seinen Miteigenthümer doch nicht durch Berufung auf Verjährung zurückweisen, wenn er während jener Zeit nur als Miteigenthümer sich geltend gemacht hat.

Wenn zwar der Wille, ein Eigenthum auszuüben (animus domini), vorhanden ist, der Besitzer aber kein klares Bewußtsein hat, wie weit das Eigenthum, das er sich beilegt, sich erstrecke, so kann kein Eigenthumsbesitz, und folglich auch keine Eigenthumsverjährung Statt finden[593]).

---

593) L. 26. D. de poss. 41. 2. „Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi (für usucapi) potest; et certa pars pro indiviso, quae introducitur vel ex emtione vel ex donatione, vel qualibet alia ex causa. Incerta autem pars nec tradi nec capi potest, veluti si ita tibi tradam: QUIDQUID MEI IURIS IN EO FUNDO EST; nam qui ignorat, nec tradere, nec accipere id, quod incertum est, potest." Vgl. l. 32. §. 2. D. de usurp. 41. 3., und v. Savigny R. d. Bes. (S 299 f. aber auch Böcking Pand. §. 124. Not. 11 *).).

B.

Dauer des Besitzes.

§. 184.

In Ansehung der zur Verjährung erfoderlichen Dauer des Besitzes zeigt sich gerade die auffallendste Verschiedenheit zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Eigenthumsverjährung.

I. Die ordentliche Verjährung ist im Justinianischen Rechte 1) für bewegliche Sachen eine dreijährige (vgl. §. 178.), 2) für unbewegliche Sachen eine zehn- und zwanzigjährige, je nachdem die Betheiligten in einer und derselben Landschaft (provincia) angesessen sind, oder in verschiedenen Landschaften ihre Wohnorte haben (vgl. Th. I. §. 84.).

II. Die außerordentliche Eigenthumsverjährung ist in der Regel eine dreißigjährige. Die vierzigjährige bildet eine bei den Staats- und Kirchengütern eintretende Ausnahme, so wie die hundertjährige eine fernere Ausnahme bei den Gütern der Römischen Kirche.

In Ansehung der Zeitberechnung treten die bei der usucapio geltenden Grundsätze ein (vgl. §. 178.); es wird also ohne Ueberspringung — continue — gerechnet (vgl. Th. I. §. 86.) [594]), und so, daß es genügt, den Anfang des letzten Tages

---

594) L. 31. §. 1. D. de usurp. 41. 3. „In usucapionibus mobilium continuum tempus numeratur." Unmöglich kann Paulus (aus dem die l. 31. cit. entnommen ist) der Meinung gewesen sein, daß bei der usucapio immobilium die erfoderliche Verjährungszeit kein tempus continuum sei. Donellus (comm. iur. civ. V. 21. §. 2), nimmt daher an, er habe bloß sagen wollen, es müsse auch bei der usucapio beweglicher Sachen die Zeit fortlaufend gerechnet werden. Ganz klar wird die Bedeutung der Stelle, wenn man mit Cuiacius von der natürlichen Voraussetzung ausgeht, die Stelle habe ursprünglich gelautet „In usucapione mobilium continuus annus numeratur." In den Digesten konnte dann freilich die Erwähnung der Jahresfrist nicht stehen bleiben. Man änderte also, und setzte das Unbestimmte für das Bestimmte, wodurch denn aber freilich etwas Schiefes in die Stelle gekommen ist. Gewöhnlich wird ein Tribonianischer Zusatz bei dem Worte mobilium angenommen; die Veranlassung wird dann aber verschieden angegeben. Vgl. Edm. Merillius obs. V. 32.; Schulting zu Ulp. fragm. X. 8.

erreicht zu haben (vgl. Th. I. §. 90.)[595]. Den Anfang der Verjährung bildet der Tag des erlangten Besitzes.

C.

Redlichkeit des Besitzes.

§. 185.

Die Redlichkeit des Besitzes ist ein allgemeines Erfoderniß der Eigenthumsverjährung, und zwar nicht erst nach den Grundsätzen des kirchlichen Rechts, welches hauptsächlich nur dadurch wichtig geworden ist, daß es eine Fortdauer der Redlichkeit während der ganzen Zeit des Verjährungsbesitzes als nothwendig fodert (Th. I. §. 98.). Es hatte nämlich das Erfoderniß eines redlichen Besitzes schon vor Justinian nicht bloß für die usucapio, sondern auch für die longi temporis praescriptio gegolten (Th. I. §. 94.). Auch sieht man aus der l. un. C. de usucap. transform. (§. 178.) deutlich genug, daß Justinian in dieser Hinsicht das alte Recht lediglich bestätigen wollte. Die praescriptio XXX vel XL annorum ist allerdings an sich von der Redlichkeit des Besitzes ganz unabhängig, und gilt in der That noch im Justinianischen Rechte als ein auch dem unredlichen Eigenthumsbesitzer zu Gute kommendes Recht[596]; nur insoferne sie die Wirkung einer erwerbenden Verjährung haben soll, kommt es auch bei ihr auf einen redlichen Besitz an. Ob es dem Römischen Rechte gemäß ist, wenn man es hier an einer Redlichkeit ohne wirklichen Rechtsgrund genügen läßt, mag dahin gestellt bleiben*); aus den Bestimmungen des

---

595) Für die praescriptio XXX vel XL annorum an sich, als eine schützende Verjährung, läßt sich dieses nicht annehmen.

596) Von der Unanwendbarkeit dieser Verjährung im heutigen Rechte wegen entgegenstehender Grundsätze des kirchlichen Rechts ist schon die Rede gewesen (vgl. §. 179.).

*) Die Nothwendigkeit eines iustus titulus nach Röm. Recht behaupten Herrmann Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. IV. p. 374 ff. Ullmann de vi ac natura erroris in usuc. et praescr. §. 10. p. 43—48. Brinz Pand. I. p. 224 f. Allerdings werde in L. 8. §. 1. C. de pr. 30 v. 40 ann. bloß bona fides gefordert, allein auch sonst begreife Justinian unter diesem Ausdruck stillschweigend den Titel mit; so in L. un. §. 2. C. de usuc. transf. Hoc *tantummodo* observando —. Aber dieß tantummodo bildet nicht den Gegen-

kirchlichen Rechts läßt es sich rechtfertigen (Th. I. §. 104.). Auf der andern Seite ist gewiß, daß nach Römischem Rechte zwei Ausnahmen vorkommen, wo auch dem unredlichen Besitzer das Recht einer dinglichen Klage zusteht; ungewiß bleibt es aber, ob bei der allgemein aufgestellten Anfoderung des kirchlichen Rechts in Beziehung auf Redlichkeit des Besitzes davon noch die Rede sein kann. Die erste dieser Ausnahmen tritt ein, wenn ihm der Besitz gewaltsamer Weise entrissen wird (l. 8. §. 2. C. de pr. XXX ann. 7. 39.). Dieses ist ganz in der Ordnung, indem auch sonst durch Gewaltthätigkeit das Recht an einer Sache verloren geht. Nur versteht es sich von selbst, daß der des Besitzes Entsetzte nur dann ein wirkliches Eigenthum erlangen kann, wenn es der Eigenthümer gewesen ist, der die Gewaltthätigkeit gegen ihn geübt hat; außerdem geht sein dingliches Klagerecht natürlich nur gegen denjenigen, der die Gewaltthätigkeit begangen hat[597]. Die zweite Ausnahme betrifft den Fall, wo die Sache durch ein gegen den Abwesenden gefälltes Urtheil in die Hände des Gegners gekommen ist. Hier soll nämlich das Recht, welches denjenigen, die ohne Vertheidigung verurtheilt worden sind, überhaupt genommen zusteht, nicht geweigert werden. Der dreißigjährige Besitzer kann also innerhalb eines Jahrs, indem er Sicherheit leistet, den Rechtsstreit wieder aufnehmen; dadurch tritt er in die Lage ei-

---

satz zu anderweitigen Requisiten, sondern zu dem einer *continua* bona fides, und ebensowenig wird in den Worten „secundum quod exigit l. t. pr.“ auf jene Erfordernisse hingewiesen, sondern bloß in Betreff der mala fides superveniens das alte Institut der longi temp. pr. der neuen drei- und dreißigjährigen Ersitzung als Muster aufgestellt. Wenn wir so die Erforderlichkeit des Titels für letztere in Abrede stellen, so ist damit doch noch nicht gesagt, daß jedes rein subjective Wähnen, also z. B. auch ein Rechtsirrthum zur bona fides genüge. s. dag. Harnier De prob. b. f. in praescr. §. 7. p. 21 ff. v. Scheurl Beitr. a. a. O. §. 22. II. p. 79—81. Böcking Pand. §. 149. Not. 10. An Stelle des Beweises für den guten Glauben durch den Titel tritt hier die Präsumtion aus dem dreißigjährigen Besitz; der eine wie die andere schließen aber den Gegenbeweis nicht aus.

597) Eine dingliche Klage mit einer solchen beschränkten Wirksamkeit ist nicht ohne Beispiel (vgl. l. 11. §. 3. D. de iurei. 12. 2.), der Vorzug vor einer bloß persönlichen Klage zeigt sich beim Zusammentreffen mit anderen Gläubigern.

nes Besitzers zurück, und kann also von seiner praescriptio XXX vel XL annorum Gebrauch machen [598]).

D.

Ungestörtheit des Verjährungslaufes.

§. 186.

Die Eigenthumsverjährung wird

I. als eine auf dem Besitze beruhende Verjährung hauptsächlich durch die Unterbrechung des Besitzes gestört (Th. 1. §. 131.), doch so, daß im Falle einer Besitzveräußerung eine Zusammenrechnung des Besitzes (accessio possessionis) eintritt. Die l. un. C. de usuc. transf. (§. 178.) sagt dieß ausdrücklich; und zwar ist es außer Zweifel, daß hierin zwischen der ordentlichen und außerordentlichen Eigenthumsverjährung kein Unterschied weiter ist (verb. „Hoc tantummodo observando" bis „licet ex titulo lucrativo ea coepta est"). Die bei der Zusammenrechnung des Besitzes zu berücksichtigenden Grundsätze sind die allgemeinen (vgl. Th. 1. §. 132—134.).

II. Da die usucapio durch die gerichtliche Verfolgung der Eigenthumsansprüche keineswegs gestört wird, so folgt, daß auch die Eigenthumsverjährung des Justinianischen Rechts auf diesem Wege keine Störung leidet. Dieses gilt sowohl von der ordentlichen Eigenthumsverjährung (beweglicher und unbeweglicher Sachen), als auch von der außerordentlichen; insoferne nämlich angenommen werden darf, daß die dreißig- und vierzigjährige Verjährung in ihrer später gewonnenen Eigenschaft als eine erwerbende Verjährung nicht dem Rechte der praescriptio XXX vel XL annorum, sondern dem Rechte der usucapio folgt (vgl. §. 178.). Könnte die praescriptio XXX vel XL annorum noch in ihrer ursprünglichen Wirksamkeit als ein auch

---

598) [Anders, wenn nach bereits erfolgter litis contestatio] gegen den Verklagten in contumaciam verfahren werden muß; s. L. 13. §. 3. C. de iud. 3. 1. „nulla licentia ei vel alii personam eius solam praetendenti concedenda contradicendi, cum in possessionem ex huiusmodi causa actor mittitur, nec si reversus (ipse) fuerit, et voluerit fideiussores dare et possessionem recuperare, audiatur; in huiusmodi etenim casibus omnem ei contradictionem excludimus." [vgl. Bethmann-Hollweg Civ.-Proc. p. 293.]

dem unredlichen Besitzer zu Gute kommendes Schutzmittel gegen Eigenthumsansprüche Anwendung finden, so würden hier andere Grundsätze aufzustellen sein.

III. Durch Einlegung einer förmlichen Verwahrung wird, wenn die Umstände sich dazu eignen, der Lauf der Eigenthumsverjährung allerdings unterbrochen (vgl. Th. I. §. 129.).

IV. Wenn eine Sache in das Eigenthum eines Unmündigen übergeht, während eine dreißig- oder vierzigjährige Verjährung im Gange ist, so ruht nun die Verjährung, so lange die Unmündigkeit dauert; wenn aber die Unmündigkeit zurückgelegt ist, so geht die unterbrochene Verjährung ihren Gang fort, ohne daß sie von neuem anzufangen brauchte. Wenigstens scheint dieses der Natur der Sache am meisten angemessen. Wie aber, wenn das Eigenthum einer Sache im Laufe der Verjährung dem Staate zufällt? Insoferne noch die Verjährung möglich bleibt, ist kein Grund vorhanden, der uns nöthigte, eine Unterbrechung anzunehmen; nur wird jetzt der Ablauf der Verjährungszeit um zehn Jahre weiter hinausgerückt, weil beim Staatsgute die dreißigjährige Verjährung nicht mehr genügt, sondern eine vierzigjährige erfodert wird.

Drittes Buch.

Verjährung bei den Dienstbarkeitsrechten[599].

Erstes Hauptstück.

Einleitende Erörterungen.

§. 187.

Wir finden in der Lehre von den Dienstbarkeitsrechten eine mehrfache Anwendung der Verjährungslehre.

---

599) Besondere Schriften hierüber sind Iac. Raevardi ad legem Scriboniam liber singularis (Antv. 1561., und in der von Conradi herausgegebenen triga libellorum.) Zum Theil Streitschrift gegen Cuiacius; übrigens nicht ohne Werth. — Io. d'Avezan disqu. an servitutes usucapi possint an praescribi tantum (ist die pars IX. in dessen servitutum liber. welcher im Meerman'schen thesaurus, T. IV. p. 221 fgg. abgedruckt ist). — Ferd. de Retes, succisiva selectio ad legem Scriboniam (Meerm. thes. Tom. VI. p. 463 fgg.) — Everh. Ottonis diss. de usucapione servitutum (abgedr. in der pars I. dissert. iuris publici et privati, Trai. ad Rh. 1723. f.). Mit vielem Fleiße und eigenem Urtheile wird sowohl von der Erwerbung, als auch von der Aufhebung der Dienstbarkeitsrechte durch Verjährung gehandelt. — Arn. And. Frid. Mallinkrott, diss. de praescript. servitutum extinctiva inprimis ad l. 13. C. de serv. et aqua. Ien. 1788. 4. Ohne gründliches Eindringen in den geschichtlichen Zusammenhang der Lehre. — Ge. Frid. Walch, historia tam usucapionis quam praescriptionis acquisitivae servitutum, sectio I. Goett. 1794. 8. 39 S. Die sectio II. ist nie erschienen. Die sectio I. verfolgt die Geschichte der Dienstbarkeitsverjährung bloß bis zum Scribonischen Gesetze. Der hochgeachtete Verfasser hat mir gesagt, daß er seine Ansichten großentheils geändert habe; eine neue, vervollständigte Bearbeitung würde daher höchst erwünscht sein. — Car. Wilh. Walch, diss. de praescr. constitutiva. Ien. 1797. 4. Zwar nicht gerade durch Reichthum an eigenthümlichen Ansichten ausgezeichnet, aber doch fleißig gearbeitet.

I. Zunächst erscheint die Verjährung als eine **erwerbende**, wo sie dann aber jedesmal als eine **begründende** (s. g. constitutive) Verjährung gedacht werden muß. Daß es nämlich bei den persönlichen Dienstbarkeiten eine übertragende (s. g. translative) Verjährung durchaus nicht geben könne, ist sogleich klar, indem diese Dienstbarkeiten wesentlich mit der Person zusammenhängen. Bei den dinglichen Dienstbarkeiten kann zwar das Dienstbarkeitsrecht (als Anhängsel des herr-

— Glück ausführliche Erl. d. Pand. Bd. 9. S. 105—155. (Gesch. und Erfodernisse der Verj. d. Dienstb.); ebend. S. 367—380. (Nichtgebrauch u. Extinctivverj. beim Ususfructus); Bd. 10. S. 264—268. (Erlöschen der Realdienstbark. durch Nichtgebrauch). Die Lehre von dem Erlöschen der Dienstbarkeiten durch Verjährung ist außer allem Verhältnisse kurz abgefertigt. — Ioa. Henr. Hülsemann, diss. de usuc. et long. temp. praescriptione, quae iure Rom. servitutium libertatem praestat. Berol. 1817. 8. 52 S. — Henr. Cord. Stever, de servit. praedior. Rostoch. 1820. 8. cap. 7. 8. (pag. 235—313.). Wenn Schimpfreden (z. B. Quo nihil magis esse potest ridiculum; o lepide dictum; valde absurda et ieiuna ratio; o stolide et ignobile dictum) den Mangel gründlicher Untersuchung ersetzen könnten, so würde diese Schrift vor allen andern den Preis verdienen. — Sigm. Zimmern über langjährige Ersitzung der iura in re (in den Römisch-rechtl. Untersuchungen für Wissenschaft und Ausübung, v. L. J. Neustetel und S. Zimmern, Bd. 1. Heidelb. 1821. 8. S. 102—133.). Dieser Aufsatz ist nicht minder fleißig als gründlich gearbeitet, und enthält viel Eigenthümliches. — Frh. v. Seckendorf, Bemerkungen zu der Lehre von der erwerbenden Verjährung der Grunddienstbarkeiten, insonderheit über den hierzu erfoderlichen Beweis (im Arch. f. civ. Prax. Bd. 4. S. 83—112.). [Buss De servitut. quam vocant acquisitivam, praescript. Frib. 1829. Bessel Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 13. p. 380—431. Hoffmann in seinen u. Fuhr's civ. Vers. Darmst. 1835. Nro. I. Luden D. Lehre v. d. Servit. Goth. 1837. §. 60—64. 70—72. 78. 87. Hoffmann D. L. v. d. Serv. Darmst. 1838. 1843. §. 90—105. 115—118. v. Zielonacki Erört. üb. d. Serv.-Lehre Bresl. 1849. p. 183 ff. Muther D. Ers. d. Serv. Erl. 1852. Dreves De non usu serv. et libert. usuc. Hal. 1853. Wirth D. libert. usuc. Erl. 1854. Elvers D. Röm. Serv.-lehre Marb. 1856. §. 68. p. 737—752. §. 73. p. 772—785. Heimbach d. ä. in Weiske's Rlex. Bd. X. p. 292—314. 324—334. Hauptsächlich von dem Beweise bei Servitutenersitzung und Verjährung handeln Hasse Rhein. Mus. Bd. II. p. 394 ff. Busch Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 31. p. 241—268. 407—425.] — Uebrigens verweise ich auf des Lipenius bibl. iurid. (Tom. II. pag. 197. rubr. praescriptio servitutum; Tom. I. pag. 825. rubr. lex Scribonia), und die Nachträge (T. I. pag. 395. 303. iisdem rubr.; Tom. II. pag. 255. rubr. lex Scribonia; Tom. III. pag. 1159. rubr. praescr. serv.; pag. 914. rubr. lex Scribonia; Tom. IV. pag. 920. rubr. praescriptio servitutum.)

schenden Grundstücks) zugleich mit dem herrschenden Grundstücke aus einer Hand in die andere übergehen; es kann also auch derjenige, welcher das Eigenthum an dem herrschenden Grundstücke durch Verjährung erlangt, zugleich das mit ihm verknüpfte Dienstbarkeitsrecht gewinnen (l. 10. §. 1. D. de usurp. 41. 3.)*); da aber bei den dinglichen Dienstbarkeitsrechten im Grunde das herrschende Grundstück selbst, und nicht der Eigenthümer desselben als Inhaber des Rechts anzusehen ist, so findet genau genommen hier gar keine Uebertragung des Dienstbarkeitsrechtes Statt.

II. Sodann giebt es auch eine befreiende Verjährung, in Folge deren die auf dem Eigenthume lastende Dienstbarkeit aufgehoben wird.

Außerdem kann man die Frage aufwerfen, ob nicht auch noch eine befestigende Verjährung im Dienstbarkeitsrechte anzunehmen sei, welche durch Beseitigung der möglichen Ansprüche den Dienstbarkeitsbesitz gegen Anfechtung sicher stellt, ohne ein wirkliches Dienstbarkeitsrecht zu geben. Diese Untersuchung wird sich inzwischen ohne Schwierigkeit mit den Erörterungen über die begründende Verjährung verbinden lassen.

§. 188.

Es wird unmöglich sein, die rechtlichen Grundsätze, worauf die erwerbende und aufhebende Verjährung der Dienstbarkeitsrechte beruht, richtig aufzufassen, wenn man sich nicht die eigentliche Beschaffenheit des bei den Dienstbarkeiten Statt findenden Besitzes**) recht klar gemacht hat. In dieser Hinsicht ist es nun bei den persönlichen Dienstbarkeitsrechten, namentlich bei dem Nießbrauchsrechte, sehr wichtig, die Inhabung der Sache, welche für den Behuf der Dienstbarkeitsausübung in den Händen des Nießbrauchers sich befinden muß, von der iuris (quasi) possessio zu unterscheiden. Jene Inhabung (detentio) kann nur in einem ganz unjuristischen Sinne (naturaliter) ein Besitz genannt werden (l. 12. pr. D. de A. v.

*) Vgl. vorl. Puchta Inst. II. §. 256. Not. q. v. Vangerow Pand. I. p. 870. Böcking Pand. §. 161. Not. 12.

**) Vgl. Elvers a. a. O. p. 647—688. Hoffmann Serv. II. §. 60—75. Luden a. a. O. §. 102—111.

A. P. 41. 2.); daher denn auch in vielen Stellen dem Nießbrauchsberechtigten der Besitz geradezu abgesprochen wird (v. Savigny, R. d. Bes. S. 327. Anm. 1.). Der Grund liegt darin, weil er sich als den bloßen Stellvertreter eines Andern (instrumentum alienae possessionis) betrachten, keinesweges aber die in seinen Händen befindliche Sache sein nennen kann. Neben dieser Inhabung, welche bloß Ausübung des Besitzes in fremdem Namen (alieno nomine possidere) ist, wird aber dem Nießbrauchsberechtigten, insoferne er sich selbst ein dingliches Recht an der fremden Sache beilegt, auch ein mit rechtlicher Bedeutsamkeit ausgestatteter Besitz (wenigstens im uneigentlichen Sinne des Worts — quasi possessio) zugeschrieben (v. Savigny, ebd. u. S. 329.). Wollte man nun die Inhabung, welche sich bei dem Nutzungsberechtigten findet, ins Auge fassen, so müßte man ihm allerdings einen Besitz zuschreiben können, dessen eigenthümliches Wesen mit dem Wesen des Eigenthumsbesitzes ganz zusammentreffen würde. Da aber nicht diese Inhabung es ist, worauf der rechtlich wirksame Besitz des Nießbrauchsberechtigten beruht, so folgt, daß dieser nur in dem wirklichen uti und frui gesucht werden kann*), also nicht in einer fortdauernden Verbindung zwischen dem Besitzer und dem Gegenstande, sondern in einzelnen von einander getrennten Handlungen, während die custodia, auf welcher die Fortdauer des Eigenthumsbesitzes beruht, als ein Ungetrenntes (s. g. continuum) angesehen wird. Wenn z. B. derjenige, der sich ein Nießbrauchsrecht an einem Schmucke beilegt, diesen Schmuck

---

*) Der Verf. übersieht, daß das Wesen des Besitzes nicht in dem Benutzen, sondern in der Herrschaft besteht; diese ist aber unzweifelhaft — continuierlich — vorhanden, wenn Jemand das Object des ius in re zum Behuf der Ausübung des letzteren in Händen hat. Analog gilt das auch von den übrigen Servituten vgl. Bruns R. d. B. p. 79 f. 475 f. Unbegründet erscheint der Widerspruch von Brinz Pand. I. p. 80. — Auch will Paulus in L. 14. pr. D. de servit. 8. 1. mit den Worten „ut non habeant certam continuamque possessionem" nur die Möglichkeit eines Sachbesitzes verneinen, wie nach der Natur des Objectes, so nach der Art der Herrschaft über das fragliche Recht. Damit erledigt sich der von Bruns gegen den Juristen ausgesprochene Tadel. Umgekehrt gewährt nicht jedes uti auch den Besitz vgl. L. 12. §. 3. 4. D. de usufr. 7. 1. Elvers a. a. O. p. 654. Not. n. Für den Verf. erklärt sich indessen Sintenis Civ.-R. I. §. 66. Not. 18. p. 600. Heimbach in Weiske's Rlex. Bd. 10. p. 329.

wohl verwahrt hält, so zeigt sich darin bloß die Inhabung; der Nutzungsbesitz tritt nur in den Augenblicken hervor, wo der Schmuck wirklich getragen wird. Am meisten verschwindet der Mangel an Zusammenhang (Discontinuität), wenn von einem Nießbrauche an Gegenständen die Rede ist, welche zur Aufbewahrung von Sachen bestimmt sind. Denn wenn hier etwas eingebracht worden ist, und unter Verschlusse gehalten wird, so liegt in dem Verschlusse zugleich eine Inhabung der Sache und ein uti. Inzwischen finden wir nirgends, daß deswegen eine doppelte Natur in dem Nießbrauchsbesitze unterschieden worden wäre; vielmehr beweist die Art, wie die aufhebende Verjährung beim Nießbrauchsrechte behandelt ist, daß ohne weitere Unterscheidung der Besitz des Nießbrauchsberechtigten als ein unzusammenhängender (s. g. possessio discontinua) beurtheilt wird.

§. 189.

Bei den dinglichen Dienstbarkeiten ist zwischen der Inhabung des dienenden Grundstücks und der Ausübung des Dienstbarkeitsrechts an und für sich gar kein Zusammenhang, so daß alle Verwirrung unmöglich wird. Dagegen ist hier sehr wichtig, daß man die innere Verschiedenheit gehörig auffasse, welche der Dienstbarkeitsbesitz bei den dinglichen Dienstbarkeiten darbietet. Betrachten wir also erst den Besitz bei den Wegerechten, dann bei der servitus tigni immittendi und endlich bei dem Rechte des Nichthöherbauens. Bei den Wege- und Wasserleitungsrechten ist es mit dem Besitze offenbar eben so, wie bei den persönlichen Dienstbarkeiten beschaffen; er beruht lediglich auf den Handlungen, durch welche das Dienstbarkeitsrecht ausgeübt wird. Jeder Besitz nämlich ist nothwendig ausschließend; auch die quasipossessio ist es, nur daß die Ausschließung nicht allgemein, sondern bloß in einer gewissen Beziehung Statt findet. Bei dem Besitze eines Fußsteigs, eines Fahrweges oder eines Viehtriebes tritt nun aber diese Ausschließung immer nur so lange ein, als das Gehen, Treiben oder Fahren Statt findet; und auch während dieser Zeit nur bei demjenigen Fleckchen, das von dem Gehenden, von den Thieren, oder von dem Fuhrwerke eingenommen wird; unmittelbar hinter den Füßen des Gehenden ist für den Eigenthumsbesitzer schon wieder die

Möglichkeit da, von seinem Eigenthume Gebrauch zu machen. Dieses zeigt sich schon darin, daß der Eigenthumsbesitzer auf demselben Pfade ebenfalls gehen kann, wo der Besitzer des Fußweges gegangen ist. Bei völliger Ausschließung würde ja auch sein von dem Fußpfade durchschnittenes Grundstück in zwei getrennte Stücke zerfallen, die aller Verbindung unter einander entbehrten [600]). Daß bei der servitus tigni immittendi die quasi possessio von einer ganz anderen Beschaffenheit ist, leuchtet in die Augen. Der Besitz äußert sich hier in der Einfügung des Balkens. Durch diese Einfügung wird aber derjenige Raum, welcher von dem eingezogenen Balken eingenommen wird, so völlig dem Eigenthumsbesitze entzogen, daß schlechterdings jede Verfügung über diesen Raum unmöglich ist, so lange der Balken an seinem Platze bleibt. Hier also ist der Dienstbarkeitsbesitz dem Eigenthumsbesitze sehr nahe verwandt; er unterscheidet sich nur dadurch, daß der eigentliche Gegenstand des Besitzes (d. i. die für die Einlassung des Balkens bestimmte Oeffnung) nicht als etwas für sich Bestehendes gedacht werden kann, und mit dem dienenden Grundstücke als untrennbar verbunden erscheint. Die Verwandtschaft mit dem Eigenthumsbesitze ist insbesondere auch darin erkennbar, daß dem Besitze eine Ununterbrochenheit (Continuität) zugeschrieben werden kann, wie wir sie bei dem Besitze eines Fußsteigs oder Fahrwegs nicht annehmen konnten. Es ist noch übrig, von dem Besitze in Beziehung auf das ius altius non tollendi zu sprechen. Hier beruht der Besitz darauf, daß zwei Grundstücke in einem solchen Verhältnisse zu einander stehen, daß die Niedrigkeit des einen wirklich für das andere vortheilhaft ist, sei es nun, daß dieses dadurch an Helligkeit oder an Aussicht gewinnt, und es kann

600) Daß bei der Ausübung des Wegerechts und der Bewässerungsbefugniß der Ausdruck usurpare gebraucht wird (vgl. l. 6. §. 1. L. 8. §. 1. l. 9., l. 16. D. quemadm. serv. am. 8. 6.; Paul. S. R. I 17. §. 2. [Liv. 4. 3., 5. 12.]) scheint anzudeuten, daß man jede einzelne Handlung der Ausübung als eine Unterbrechung [der Verjährung durch non usus] betrachtete, [falls man nicht vorzieht, das Wort hier in seiner buchstäblichen Bedeutung „gebrauchen" zu nehmen, die es mit dem Nebenbegriff des Eigenmächtigen offenbar hat Paul. ib. V. 6. §. 9. s. Rudorff krit. Jahrb. Bd. XV. p. 326. Puchta Inst. §. 257. Not. w. Für unzulässig halte ich es dagegen, bei Paulus I. 17. §. 2. usurpata von einer Unterbrechung des usus zu verstehen, da es dort gerade den Gegensatz zu omissa bildet.] (vgl. Th. 1. Anm. 450.).

nicht angenommen werden, daß der zufällige Umstand, ob etwa diese Vortheile persönlich genossen werden, das Wesen des hier Statt findenden Besitzes begründe. Da also hier dem Besitze etwas Bleibendes zum Grunde liegt, so ist außer Zweifel, daß ihm das Merkmal der Ununterbrochenheit (Continuität) zukomme. Eher möchte es zweifelhaft sein, ob man auch hier, wie im vorigen Falle, sagen könne, der Dienstbarkeitsbesitz nehme einen (untrennbaren) Theil des dienenden Grundstücks so vollständig ein, daß der Eigenthumsbesitzer von aller Verfügung über denselben völlig ausgeschlossen wird. Man kann nämlich etwa einen Fall sich denken, wo ein nicht mit Gebäuden bedeckter Fleck mit der servitus altius non tollendi belastet worden ist, jedoch mit dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Vorbehalt, daß bloß Bauanlagen unstatthaft sein sollen, daß aber die Bestellung des dienenden Grundstückes mit Getreide, so wie das Bepflanzen mit Strauchwerk unbenommen sei*). Ferner wäre es möglich, daß man ein Gebäude auf die erwähnte Weise belastete, so daß ebenfalls bloß das Aufsetzen eines neuen Stockwerks, keinesweges aber die Benutzung des flachen Daches als Trockenplatz und dergl. verwehrt wäre. In diesen Fällen nun, meint man, könne doch nicht behauptet werden, daß die Luftsäule über dem dienenden Grundstücke völlig unter der Herrschaft des Dienstbarkeitsbesitzes stehe und dem Eigenthumsbesitze ganz entzogen sei. Man müsse also annehmen, daß der Besitz bei der servitus altius non tollendi von dem Besitze bei der servitus tigni immittendi wenigstens in dem einen Punkte wesentlich verschieden sei. Ich bin hartnäckig genug, dem zu widersprechen, und bei der früher (Verj. d. fortg. Bes. S. 49.) von mir vertheidigten Ansicht zu beharren, schon weil ich es für höchst unwahrscheinlich halte, daß die Rücksicht auf die Möglichkeit eines bei dem ius altius non tollendi dem Eigenthümer des Grundstücks übrig gelassenen Gebrauchs die Römische Ansicht von der Natur des Besitzes bestimmt haben sollte. Denn theils war dieser Gebrauch so unbedeutend, daß er füglich unberücksichtigt bleiben konnte, theils beruhte er auf Vor-

*) Dieß sind in der That zwei verschiedene Servituten, der servitus altius non tollendi gegenüber bedarf es jenes Vorbehalts gar nicht. L. 12. D. de S. P. U. 8. 2. cf. L. 17. §. 1. D. si serv. vind. 8. 5. Böcking Pand. §. 171. Not. 40. 44. 54. Elvers a. a. O. p. 440. 441. Luden p. 58. Not. 3.

aussetzungen, die zu den ungewöhnlichen gehört haben dürften, und in der Zeit, in welcher die Ansicht über die Natur des Dienstbarkeitsbesitzes sich ausbildete, vielleicht gar nicht vorkamen. Wer nicht durch den Anschein einer zu großen Spitzfindigkeit sich zurückschrecken läßt, der dürfte überdieß die folgenden Bemerkungen beachtungswerth finden. Das altius tollere geht offenbar nicht bloß auf das eigentliche Höherbauen, sondern auf jedes Erheben eines für Licht oder Aussicht hemmenden Gegenstandes*). Wer das ius altius non tollendi hat, kann also der Strenge nach verlangen, daß jede solche Hemmung beseitigt werde, obgleich er in vielen Fällen, wo die Hemmung gar nicht der Rede werth ist, sein Recht so wenig ausüben wird, als wir unser Eigenthumsrecht gegen denjenigen verfolgen, der ein Steinchen von unserm Felde nimmt. Nun kann allerdings ausdrücklich vorbehalten sein, daß gewisse Verfügungen, welche ein altius tollere enthalten, nicht verwehrt sein sollen. Dieses möchte dann aber nicht als unmittelbare Beschränkung des ius altius non tollendi, sondern vielmehr als ein für sich bestehendes ius altius tollendi gedacht werden müssen. Wir wissen nämlich aus einer nicht unbeachtet zu lassenden Stelle des Theophilus (paraphr. §. 1. I. de serv. 2. 3.), daß die auch sonst erwähnte servitus stillicidium non avertendi in aedes vicini (vgl. l. 2. D. de S. P. U. 8. 2.) auf den Fall sich bezieht, wo Jemand im Gegensatze mit einem bestehenden ius stillicidium avertendi eine demselben zuwiderlaufende Befugniß sich einräumen läßt. Diese Bemerkung des Theophilus giebt uns den natürlichen Schlüssel zu der in der l. 2. D. cit.**) erwähnten servitus altius tollendi; denn wenn auch nicht zu läugnen ist, daß unter gewissen Voraussetzungen (z. B. wenn die Baugesetze eines Orts zum Besten der schon stehenden Gebäude gewisse Beschränkungen anordnen, wie in der l. 12. §. 1. 3. C. de aedif. priv. 8. 10. geschieht) ein ius altius tollendi auch in einem andern Sinne gedacht werden kann, so wäre es doch sehr willkürlich, wenn man ein Recht des Höherbauens in ei-

) S. dag. p. 117. Not.)

**) S. ferner Gai. II. 31. IV. 3. fr. Vat. §. 53. L. 21 D. de S. P. U. 8. 2. L. 2. D. de S. P. R. 8. 3. L. 7. §. 1. D. comm. praed. 8. 4. L. 26. pr. D. de exc. rei iud. 44. 2. L. 15. D. de O. N. N. 39. 1. Böcking Pand. §. 171. Not. 63.

nem ähnlichen Sinne, wie ihn Theophilus dem ius stillicidium non avertendi beilegt, abläugnen wollte. Die Richtigkeit dieser Ansicht vorausgesetzt, scheint zu folgen, daß derjenige, welcher ein Recht des Nichthöherbauens bestellt, dabei aber sich noch gewisse Rechte vorbehält, so angesehen werden kann und muß, als ob er sich ein ius altius tollendi vorbehalten habe, welches nun neben dem Rechte nicht höher zu bauen besteht, und als Beschränkung desselben erscheint*).

§. 190.

Demnach wären zweierlei dingliche Dienstbarkeitsrechte zu unterscheiden, Dienstbarkeitsrechte mit einem unterbrochenen und Dienstbarkeitsrechte mit einem ununterbrochenen Besitze. Zu den Dienstbarkeitsrechten der ersten Art gehören die Wegerechte, aber auch alle übrigen servitutes praediorum rusticorum; zu denen der zweiten Art die servitus tigni immittendi und altius non tollendi; aber auch die übrigen iura praediorum urbanorum, bloß mit Ausnahme der an sich regelwidrigen servitus altius tollendi und servitus fluminis vel stillicidii non avertendi. Doch bedarf dieses einer näheren Entwickelung.

§. 191.

Die Begriffe von servitus praedii urbani und servitus praedii rustici sind nicht außer allem Zweifel. Da der Ausdruck servitus ursprünglich das Dienstbarsein einer Sache bezeichnet (l. 5. §. 1. D. de O. N. N. 39. 1.), und die Bedeutung als Dienstbarkeitsrecht eigentlich nur eine abgeleitete ist, so könnte man

*) Eine Beschränkung einer negativen erscheint nur dann als Inhalt einer positiven Servitut, wenn jene erst später eine solche Minderung erlitt, nicht, wenn gleich bei der Bestellung ein derartiger Vorbehalt gemacht wurde. Selbst wenn man mit Scheurl Zeitschr. f. gesch. R.-W. XII. p. 255 ff. annimmt, daß dieser die Gestalt einer Servitut erhalten konnte, so war das doch durchaus nicht nöthig; die Beweisführung des Verf. ist also jedenfalls verfehlt. vgl. übrigens Puchta Pand. §. 184. Not. v. Böcking Pand. §. 171. Not. 72. Schilling Bemerk. üb. Röm. R.-G. Not. 393., wo überhaupt über die servitus altius tollendi p. 143—152. nachzulesen ist. s. noch Hoffmann Serv I. p. 111. Puchta Inst. II. §. 253. a. E. v. Vangerow Pand. §. 342. Anm. 3. Böcking Pand. II. p. 296—301. Elvers a. a. O. p. 345—356.

glauben, daß auch die Ausdrücke servitus praedii urbani und servitus praedii rustici eine doppelte Bedeutung haben, so daß z. B. servitus praedii urbani bald die auf einem praedium urbanum ruhende Last wäre, bald aber auch das einem praedium urbanum zustehende Dienstbarkeitsrecht. Dennoch ist dieses nicht wahrscheinlich. Denn da servitus praedii im Gegensatze mit servitus personae allemal das einem praedium zustehende Recht ist, so ist es nicht wohl anders möglich, als daß man unter servitus praedii urbani das einem praedium urbanum zustehende Recht sich denke[601]). Auch der Umstand ist wichtig, daß der Ausdruck „urbanorum praediorum iura" als völlig gleichbedeutend mit „servitutes praediorum urbanorum" vorkommt (l. 2. D. de S. P. U. 8. 2.)[602]). Wir mögen also als feststehend annehmen, daß servitus praedii rustici eine servitus ist, quae praedio

601) Vgl. Glück Erl. d. Pand. Bd. 9. S. 21. u. fgg. Zu den Gegnern dieser Meinung ist neuerlich Mackeldey getreten (Lehrb. d. heut. Röm. Rechts, §. 344.). Allein daß Theophilus (paraphr. §. 1. 2. I. de servitut. praed. urb. 2. 3.) die lateinischen Ausdrücke mit δουλεῖαι τῶν οἰκιῶν, und δουλεῖαι τῶν ἀγρῶν übersetzt, beweist offenbar nichts; es ist dieses die ganz wörtliche Uebersetzung. Auch der von Mackeldey angeführte §. 1. I. de serv. 2. 3. („Praediorum urbanorum sunt servitutes, *quae aedificiis inhaerent*") ist nicht entscheidend, denn auch von dem Rechte kann gesagt werden, es klebe an dem Gebäude. Von l. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. nachher. [Von neueren Darstellungen dieses Gegenstandes sind zu nennen v. d. Pfordten Ueb. d. Untersch. zwischen serv. praed. urb. und rust. Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 22. p. 6—31. E. Zachariä Ueb. d. Unterscheidung zw. serv. rust. und urb., und die Recension dieser Schrift von Rudorff krit. Jahrb. Bd. XV. p. 320 ff. v. Vangerow Pand. I. p. 796 ff., woselbst noch ausführlichere Litteraturangaben sich finden. Böcking Pand. II. p. 212 ff. Brinz Pand. I. p. 255 ff. Elvers Serv. p. 316—384. Eine eindringende Kritik gegen die abweichenden Ansichten Anderer findet sich namentlich bei Böcking a. a. O. §. 161. Anh. I.]

602) [Vgl. ferner L. 1. §. 1. D. comm. praed. 8. 4. Ideo autem hae „servitutes praediorum" appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt; nemo enim potest servitutem acquirere vel urbani, vel rustici praedii, nisi qui habet praedium. „Auf das cui acquiritur kommt es also an" Böcking a. a. O. §. 161. Not. 17. Ein Gedanke, der freilich durch den in §. 3. I. de serv. 2. 3. gemachten Zusatz, nec quisquam debere, nisi qui habet praedium wieder verwischt wird.] In der Regel werden beide praedia — das herrschende und das dienende — von gleicher Beschaffenheit sein. So z. B. wird die servitus praedii urbani ein zwischen praedia urbana Statt findendes Dienstbarkeits-Verhältniß sein; aber freilich ist dieses nicht schlechthin nothwendig.

rustico competit, und servitus praedii urbani eine servitus, quae praedio urbano competit. Dieses führt uns auf die Begriffe von praedium urbanum und praedium rusticum. Man versteht unter dem letzten eine Besitzung, bei welcher es auf Fruchterzeugung abgesehen ist; jede Besitzung anderer Art ist praedium urbanum. Demzufolge gehören zu den praedia urbana hauptsächlich die Wohngebäude[603]), aber auch Stallungen, Bauplätze, Ausladeplätze, Speicher u. dergl.[604]). Die Benennungen werden nicht eben unpassend scheinen, wenn man bedenkt, daß es bei ländlichen Besitzungen fast immer auf einen Fruchtertrag abgesehen ist, während die städtischen Besitzungen gewöhnlich keinen Fruchtertrag gewähren. Man darf aber allerdings nicht übersehen, daß auch auf dem Lande Besitzungen vorkommen, die mit der Landwirthschaft nichts zu thun haben, und daß dieses namentlich bei Herbergen und Lusthäusern der Fall ist[605]). Uebrigens liegt es in der Natur der Sache, daß ein praedium rusticum nicht durchweg aus Feldern, Wiesen, Waldplätzen, Weinbergen und dergleichen fruchtbringenden Stücken besteht, sondern auch Wohngebäude, Hofräume und Wirthschaftsgebäude begreift; da diese aber offenbar nicht die Hauptsache ausmachen, und meistens nur als Hülfsmittel der Landwirthschaft vor-

603) Ulp. XIX. 1. „.... praedia .... urbana, qualis domus ....“

604) L. 3. D. in quib. caus. pign. 20. 2. läßt daher bei Vorrathshäusern (horrea) und Lagerplätzen (areae) das bei den praedia urbana eintretende stillschweigende Pfandrecht zu. Vgl. l. 4. pr. D. ib. [Die Ansicht Anderer z. B. v. d. Pfordten's Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 22. p. 7., daß alle aedificia praedia urbana, alle andern Grundstücke pr. rustica seien, enthält ein richtiges Element. Auch an villae rusticae, fructuariae u. s. w. können iura pr. urb. vorkommen, sofern man sie rein als Baulichkeiten, oder als menschliche Wohnungen in Betracht zieht. L. 1. pr. D. comm. praed.; eine servit. tigni immittendi, ne prospectui (z. B. auf das Gebirge) officiatur behalten demnach ihre gewöhnliche Qualität. s. auch v. Vangerow Pand. I. p. 801.]

605) L. 198. D. de V. S. 50. 16. „Urbana praedia omnia aedificia accipimus, non solum ea, quae sunt in oppidis, sed et si forte stabula sunt, vel alia meritoria in villis et in vicis, vel si praetoria voluptati tantum deservientia; quia urbanum praedium non locus facit, sed materia ....“ L. 1. D. comm. praed. 8. 4. „Aedificia urbana quidem praedia appellamus; ceterum et si in villa aedificia sint, aeque servitutes urbanorum praediorum constitui possunt.“ §. 1. I. de serv. 2. 3. „Praediorum urbanorum sunt servitutes hae, quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sunt.“

handen sind, so bleibt demungeachtet das Ganze ein praedium rusticum[606]). Umgekehrt kann es vorkommen, daß ein praedium urbanum nebenher auch einigen Fruchtertrag gewährt; es wird aber deswegen nicht aufhören, ein praedium urbanum zu sein. Darum ist denn auch bei Gärten sehr zu berücksichtigen, ob sie mehr eine Zubehör des Wohnhauses sind, oder ob vielmehr die Gartenwirthschaft als die Hauptsache angesehen werden muß, so daß die bei dem Garten befindlichen Gebäude als Zubehör des Gartens betrachtet werden können. Nur in dem ersten Falle ist der Garten in dem praedium urbanum mit begriffen; im letzten Falle dagegen bildet der Garten mit Zubehör ein praedium rusticum[607]). Bei den praedia suburbana (Besitzungen in Landstädtchen und Vorstädten)*) möchte zum Theil gar nicht bestimmt werden können, ob ihnen vorzugsweise die Natur eines praedium rusticum oder eines praedium urbanum beizulegen sei. Eine und dieselbe Besitzung ist nicht selten für den Feldbau und für ein städtisches Gewerbe, ohne daß man immer angeben könnte, ob das eine oder das andere die Haupt-

---

606) Die Gebäude bei einem Landgute (fundus) machen die villa (den Hof) aus. Dabei unterschieden die Alten die villa urbana (das Herrenhaus), die villa rustica (das Gesindehaus, die Ställe und Schuppen) und die villa fructuaria (die Scheunen und Keller). (Vgl. Varro, de R. R. I. 13.; Columella, I. 6.). Die gesammte villa ist aber selbst wieder bloß ein Theil des Landguts (l. 211. D. de V. S. 50. 16. „.... Ager cum aedificio fundus dicitur"), und das Landgut ist unstreitig praedium rusticum. Vgl. Ulp. fragm. XIX. 1. [Nach älterem Sprachgebrauche] wird aber fundus [wie später locus L. 60. pr. D. de V. S.] bloß von den Grundstücken gebraucht, so daß die Gebäude ausgeschlossen werden. [Gai. II. 42. Plaut. Truc. I. 2. 83. vgl. Böcking Pand. §. 74. Not. 10.].

607) L. 198. D. de V. S. 50. 16. „.... Proinde hortos quoque, si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum est, urbanorum appellatione contineri. Plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte, vel etiam olitorii, magis haec non sunt urbana." — Neratius erwähnt „stabula, quae non sunt in continentibus aedificiis," und meint, das wären doch keine praedia urbana; was jedoch die causa taciti pignoris anbetrifft, so könne man sie als urbana praedia gelten lassen (l. 4. §. 1. D. in quib. caus. pign. 20. 2.). Mir scheint es gar nicht zweifelhaft, daß die Stallungen an sich praedia urbana sind (vgl. Anm. 605.); allerdings aber sind sie meistentheils bloßes Zubehör eines praedium rusticum. [vgl. Böcking Pand. §. 74. Not. 16. gegen die Auslegung v. d. Pfordten's Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 22. p. 7. 18.]

*) Vgl. L. 16. C. de praed. min. 5. 71. L. 41. §. 6. D. de leg. III. 32. u. dazu Puchta Pand. §. 36. Not. d. Böcking Pand. §. 74. Not. 16.

sache sei. Man kann daher solche praedia als Zwitter betrachten, die eine doppelte Natur haben.

Bis hieher wäre alles so ziemlich im Reinen. Nun ist aber die Frage, ob diese Bedeutungen, so wie sie ausgemittelt worden sind, gebraucht werden können, um die Begriffe der servitutes praediorum urbanorum und servitutes praediorum rusticorum festzustellen, oder ob man annehmen darf, daß gerade hier ein etwas veränderter Sprachgebrach zum Grunde liege. Ich glaube, daß die gewöhnliche Bedeutung vollkommen ausreicht; nur darf man nicht übersehen, daß die Begriffe der servitutes praediorum rusticorum und urbanorum sich nach den gewöhnlich vorkommenden Verhältnissen richten. Servitutes praediorum urbanorum sind also diejenigen, welche in der Regel als Rechte eines praedium urbanum vorkommen (z. B. altius tollendi, altius non tollendi, stillicidii vel fluminis avertendi in tectum vel aream vicini, sive non avertendi, oneris ferendi, immittendi tigna in parietem vicini, proiiciendi, protegendi, luminum, ne luminibus officiatur, prospectus, fumi immittendi, u. dgl. L. 2. bis 4. D. de S. P. U. 8. 2.; §. 2. I. de serv. 2. 3.). Servitutes praediorum rusticorum sind dagegen diejenigen, welche in der Regel bei den praedia rustica sich finden (z. B. iter, actus, via, haustus aquae, pecoris ad aquam appulsus, ius pascendi, calcis coquendae, arenae fodiendae, lapidis eximendi, cretae eximendae, fodiendae, glandis legendae, u. dgl. L. 1. pr. §. 1. l. 6. §. 1. D. de S. P. R. 8. 3.)*). Auch das ius aquam ducendi (aquae ductus) kommt in den angeführten Stellen als eine servitus praedii rustici vor (vgl. Ulp. XIX. 1.), während der aquae ductus in einer andern Stelle offenbar als eine servitus praedii urbani behandelt wird[608]). Dieses ist so zu erklären. Wenn von dem ius aquam ducendi bei den Römern die Rede ist, so ist in der

---

*) Dieß ist richtig, soweit die Aufzählungen der einzelnen Servituten in den Quellen daraus erklärt werden sollen. Im Uebrigen wird in jenen Catalogen kein Canon aufgestellt, wonach man schon auf Grund des Namens eine Servitut ausschließlich den urbanae oder rusticae zurechnen dürfte. vgl. Böcking Pand. II. p. 219 a. E.

608) L. 11. §. 1. D. de Public. act. 6. 2. (Ulpian). „Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur. Itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, *forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci;* item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.“ [Sprachwidrig ist es, wenn

Regel an das Bewässerungsrecht gedacht, welches unstreitig eine servitus praedii rustici ist. Außerdem kannten aber natürlich die Römer auch das Recht, sich zu hauswirthschaftlichen Zwecken (z. B. um fließendes Wasser in der Küche oder im Hofe zu haben) oder zum Vergnügen (z. B. um einen Springbrunnen im Hofraume anbringen zu können) Wasser durch Röhrenleitungen herbeizuführen; und von diesem Rechte ist, wie der Zusammenhang ergiebt, in der angeführten Stelle die Rede. Dieses Recht der Röhrenleitung ist von dem Bewässerungsrechte wesentlich verschieden, und wird mit Recht den servitutes praediorum urbanorum beigezählt[609]). Unstreitig können diejenigen Dienstbarkeitsrechte, welche nach dieser Ansicht zu den servitutes praediorum rusticorum gezählt werden, auch bei einem praedium urbanum vorkommen (man denke an das Durchgangsrecht, das Jemand bei einem Hause haben kann). Eben so können die Dienstbarkeitsrechte, welche in Regel servitutes praediorum urbanorum sind, um so häufiger bei einem praedium rusticum vorkommen, als dieses nicht ohne Gebäude zu sein pflegt, und daher (obgleich bei der Entfernung der Gebäude von einander, und bei der Gleichgültigkeit des auf Erwerb bedachten Landbauers gegen schöne Aussichten ungleich seltener) das Bedürfniß ähnlicher Rechte wie bei den praedia urbana eintritt[610]).

---

v. d. Pfordten a. a. O. p. 19. 20. „forte si" durch „auch wohl wenn" übersetzt, und meint, Ulpian gehe damit zu einem neuen Falle über.]

609) Dieser Unterschied ist auch anerkannt in der l. 1. §. 11. D. de aqua quot. 43. 20., obgleich hier nicht gesagt ist, daß in dem einen Falle eine serv. pr. urbani, und in dem andern eine serv. pr. rustici anzunehmen sei.

610) [Vgl. Seuffert Arch. X. 19.] Neratius Priscus (l. 2. D. de S. P. R. 8. 3.) sagt „Rusticorum praediorum servitutes sunt: licere altius tollere et officere praetorio vicini, vel cloacam habere licere per vicini domum vel praetorium, vel protectum habere licere." Meiner Meinung nach will Neratius hier bloß sagen, daß diese servitutes den rustica praedia zustehen können, nicht aber, daß sie eigentliche servitutes praediorum rusticorum sind; was er allerdings auf eine Weise ausdrückt, welche Mißverständnisse zu erzeugen geeignet ist. Ueber die verschiedenen Erklärungen dieser Stelle s. Glück Erläut. d. Pand. Th. 9. S. 27 fgg. [Neratius sagt einfach, daß jene Servituten auch bei ländlichen Grundstücken vorkommen; die Totalbestimmung des praedium macht es ja erst zum rusticum; freilich wird durch die letztere der Inhalt der Dienstbarkeit selbst modificiert. vgl. Böcking Pand. §. 161. Not. 25. und wegen anderer Auslegungen v. Vangerow Pand. I. p. 801.]

§. 192.

Nach dieser genaueren Feststellung des Begriffs von servitus praedii urbani und servitus praedii rustici wird sich zeigen lassen, daß bei allen Dienstbarkeitsrechten, welche im Römischen Rechte als servitutes praediorum urbanorum anerkannt werden, der Besitz sich als ein ununterbrochener und ausschließender darstellt, während bei denjenigen, welche als servitutes praediorum rusticorum aufgeführt sind, nur ein unterbrochener und bloß auf Augenblicke ausschließender Besitz möglich ist*). Das letzte fällt am meisten in die Augen; wenigstens beim aquaehaustus, pecoris ad aquam appulsus, sodann bei dem Weiderechte und bei dem ius calcis coquendae u. s. w. ist die Aehnlichkeit mit dem bei den Wegerechten Statt findenden Besitze sichtbar genug. Nur in Ansehung der Wasserleitungen kann ein Zweifel eintreten, der jedoch verschwindet, wenn man bedenkt, daß eigentlich nur das Bewässerungsrecht als servitus praedii rustici gedacht werden darf. Hier ist kein fortdauernder Wasserlauf, sondern nur von Zeit zu Zeit wird der Wassergraben zum Bewässern benutzt, der dann zu einer andern Zeit dem Eigenthumsbesitzer selbst wieder zu demselben Zwecke dienen mag und auch Grasnutzung gewähren kann[611]). Was die servitutes praediorum urbanorum anbelangt, so ist es bei den servitutes oneris ferendi, proiiciendi und protegendi einleuchtend genug, daß von ihnen ganz das nämliche gelten muß, was von der servitus tigni immittendi gilt. Bei der servitus fluminis, stil-

---

*) Es kehrt hier die oben gerügte Verwechselung zwischen Besitz und Ausübung wieder; aber auch in Betreff der letzteren ist es unrichtig, daß die servitutes praediorum rusticorum ausschließlich discontinuae, die s. p. urb. continuae seien. Man erinnere sich nur des p. 123. Not. *) Gesagten. vgl. auch Elvers a. a. O p. 370 f.

611) Die Heidelberger Jahrbücher (1817. Nro. 36. S. 571.) glauben in der l. 12. D. quemadm. serv. am. 8. 6. einen Grund für die Annahme zu finden, daß eine servitus praedii rustici nicht immer discontinua sei. Dort heißt es „.... Et si aqua per rivum sua sponte perfluxit, ius aquae ducendae retinetur." Hier ist aber keinesweges an ein beständig laufendes Wasser zu denken, sondern an einen Fall, wo die Bewässerung ohne Zuthun des Berechtigten, z. B. bei einem Durchbruche, erfolgt ist; und da wird dann die Frage aufgeworfen, ob dieses dennoch als Ausübung gelten könne. Wie die Stelle hieher gehören soll, sehe ich durchaus nicht ein. [vgl. jedoch Elvers a. a. O. p. 371.]

licidii, fumi immittendi möchte eher ein Zweifel sein. Aber man muß berücksichtigen, daß hier der Besitz nicht auf dem Abfließen des Regenwassers oder dem Emporsteigen des Rauches beruht, sondern darauf, daß eine Vorrichtung besteht, vermittelst welcher die Traufe oder der Erguß des Regenwassers u. s. w. auf das Eigenthum des Nachbars hinüber geleitet wird[612]). Diese Anstalt aber ist ein Bleibendes, und entzieht dem Nachbar den von ihr eingenommenen Raum gänzlich, mithin ist der Besitz allerdings ununterbrochen und ausschließend. Die servitutes luminum, ne luminibus officiatur und prospectus sind ohehin der servitus altius non tollendi zu auffallend verwandt, als daß es nöthig wäre, besonders von ihnen nachzuweisen, was von der servitus altius tollendi nachgewiesen worden ist. Eben so ist auch klar, daß bei dem Rechte eine Röhrenleitung zu haben, der Besitz auf dem Dasein der Röhren beruht, und daß durch diese der von ihnen eingenommene Raum nicht etwa bloß von Zeit zu Zeit, sondern auf eine fortdauernde Weise dem Eigenthümer entzogen wird. Bei der Aufzählung der servitutes praediorum urbanorum sind absichtlich übergangen worden die servitutes altius tollendi, servitus luminibus officiendi und servitus stillicidii vel fluminis non recipiendi. Alle diese Rechte zeichnen sich nämlich dadurch aus, daß sie bloße Beschränkungen von Dienstbarkeiten, und daher auch im eigentlichen Sinne gar keine Dienstbarkeitsrechte sind, weil sie keine Herrschaft über eine fremde Sache, sondern bloß eine Verfügung über die eigene Sache, mit Aufhebung der entgegen stehenden Beschränkung, dem Berechtigten einräumen. Auch unterscheiden sie sich dadurch, daß der Besitz hier nicht immer so wie sonst bei den servitutes praediorum urbanorum beschaffen ist. Freilich wenn das ius altius tollendi in der Art eingeräumt wird, daß ein

612) L. 20. pr. D. de S. P. U. 8. 2. „Servitutes, quae in superficie consistunt, possessione retinentur. Nam si forte ex aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc, ut immissum habeam, per causam tigni possideo habendi consuetudinem. Idem eveniet et si moenianum in tuum immissum habuero, aut stillicidium in tuum proiecero, quia in tuo aliquid utor, et sic *quasi facto quodam possideo.*“ Bei den servitutes praediorum rusticorum beruht der Besitz wirklich auf einem factum (dem ire, agere u. s. w.), hier nur quasi auf einem factum. Vgl. übrigens v. Savigny, R. d. Bes. S. 601. Anm. 1.

dauerndes Höherbauen dabei verstattet ist, so bleibt die gewöhnliche Natur der servitutes praediorum urbanorum. Gesetzt aber auch, es wäre dieses die Regel gewesen, so läßt es sich doch auch denken, daß ein ius altius tollendi bloß für den Behuf eines von Zeit zu Zeit wiederkehrenden Bedürfnisses gegeben wurde, wo man dann auch nicht eben an eigentliche Bauten zu denken hätte, und gerade ein solcher Fall würde am besten erklären, wie man eine rechtliche Bequemlichkeit darin finden konnte, ein ius altius tollendi in der Eigenschaft eines Dienstbarkeitsrechtes anzunehmen. Wenn nun wirklich das ius altius tollendi so Statt findet, daß es bloß ein Recht giebt, von Zeit zu Zeit das Licht oder die Aussicht durch erhobene Hindernisse zu hemmen, so ist klar, daß der Besitz nur in einzelnen Handlungen sich aussprechen kann, und eben darum der Ununterbrochenheit ermangelt. Bei der servitus fluminis vel stillicidii non recipiendi läßt sich möglicherweise auf ähnliche Art unterscheiden.

Uebrigens wird es wohl nicht eine gewagte Voraussetzung gescholten werden können, wenn angenommen wird, daß die Besonderheit, welche bei den eben erwähnten Dienstbarkeitsrechten sich zeigt, auf die Ansicht der Alten von der eigenthümlichen Natur der servitutes praediorum urbanorum ohne allen Einfluß geblieben ist. Die Regel stand fest: die servitutes praediorum rusticorum sind Dienstbarkeitsrechte mit unterbrochenem, die servitutes praediorum urbanorum dagegen sind Dienstbarkeitsrechte mit ununterbrochenem Besitze. Eine mögliche Ausnahme in Ansehung der vorhin erwähnten regelwidrigen Dienstbarkeiten ist dadurch nicht ausgeschlossen; wie denn auch umgekehrt die Regel durch die Ausnahme nicht aufgehoben wird.

§. 193.

Es wird hier der Ort sein, auf Savigny's Ansicht über den Besitz bei Dienstbarkeitsrechten Rücksicht zu nehmen. Sein Recht des Besitzes (S. 584. 601.) unterscheidet bei den dinglichen Dienstbarkeitsrechten drei Gattungen: 1) „Positive Servituten (servitutes, quae in patiendo consistunt), deren Ausübung in einer eigenen, unabhängigen Handlung besteht;" 2) „Positive Servituten, die mit dem Besitz eines Grundstücks in un-

mittelbarer Verbindung stehen;" 3) „Negative Servituten." Dabei wird in einer Anmerkung gesagt: „Diese Eintheilung fällt mit einer andern fast zusammen, was aber bloß zufällig und eben deshalb nicht allgemein wahr ist; die erste Classe enthält iura praediorum *rusticorum*, die zweite und dritte iura praediorum *urbanorum*." Einleuchtend ist, daß Savigny's erste Gattung diejenigen Dienstbarkeitsrechte umfaßt, bei denen ich die Unterbrochenheit des Besitzes als eigenthümliches Merkmal angegeben habe; die zweite und dritte Gattung begreifen diejenigen, für welche ein fortdauernder und ausschließender Besitzzustand als gemeinsames Merkmal nachgewiesen worden ist; die eigenthümliche Verschiedenheit, welche dadurch entsteht, daß diese Dienstbarkeitsrechte zum Theil auf ein Dulden, zum Theil auf ein bloßes Unterlassen (non facere) gerichtet sind, konnte ich unberücksichtigt lassen, weil es mir lediglich darum zu thun war, die Beschaffenheit des Besitzes seinem Grundwesen nach anzugeben, wobei diese Verschiedenheit nicht in Betrachtung kam; sonst würden drei Gattungen aufzustellen gewesen sein. Darin aber weichen Savigny's Ansicht und die meinige von einander ab, daß ich allerdings glaube, unsere Alten haben die Eintheilung in servitutes praediorum rusticorum und servitutes praediorum urbanorum als schlechthin zusammen fallend mit derjenigen betrachtet, die sich in Rücksicht auf die Beschaffenheit des Besitzes ergiebt, und haben sich in dieser Ansicht durch eine allerdings vorhandene kleine Abweichung nicht irre machen lassen. Daß wir dieses festhalten, scheint mir insoferne wichtig, als sich dadurch das Gewicht erklärt, das an manchen Orten, wo eigentlich die Beschaffenheit des Besitzes entscheidet, auf den Unterschied zwischen servitutes praediorum urbanorum und servitutes praediorum rusticorum gelegt wird. Sonst gebe ich gerne zu, daß dieses Zusammentreffen zufällig ist, d. h. es läßt sich nicht aus dem Begriffe der servitus praedii urbani ableiten, daß der Besitz bei ihr ein ununterbrochener sein müsse, und eben so wenig läßt sich aus dem Begriffe der servitus praedii rustici das Gegentheil ableiten; bloß die Nachweisung im Einzelnen (Induction) führt zu diesem Ergebnisse, das immerhin im Hintergrunde stehen möchte, wohin es Savigny gestellt hat, wenn nicht der Umstand, daß bereits die

Alten dieses Ergebniß als bekannt voraussetzen, der Sache eine Wichtigkeit gäbe, die ihr an sich nicht gebührt.

§. 194.

Noch ein anderer den Besitz der Dienstbarkeitsrechte betreffender Punkt, der hier einleitungsweise zur Erörterung gebracht werden muß, ist der Einfluß der Stellvertretung bei der Erwerbung und Erhaltung dieses Besitzes; wir werden sowohl in der Lehre von der erwerbenden, als auch in der Lehre von der aufhebenden Verjährung darauf Bezug nehmen müssen.

I. Daß zur Erwerbung des Dienstbarkeitsbesitzes auch die Handlungen eines Stellvertreters genügen müssen, läßt sich schon aus den Römischen Ansichten über Besitz im Allgemeinen entnehmen (vgl. v. Savigny, R. d. Bes. §. 26.). Bei persönlichen Dienstbarkeitsrechten lassen sich auch die allgemeinen Grundsätze ganz unbedingt anwenden, ohne daß es einer weiteren Bemerkung bedürfte, so daß also auch ein rechtliches Verhältniß zwischen dem Stellvertreter und dem Besitzerwerber bestehen muß (vgl. v. Savigny, a. a. O. S. 355 fgg.). In Ansehung der dinglichen Dienstbarkeiten*) aber ist nicht zu übersehen, daß der Besitzer eines Grundstücks den Besitz eines dinglichen Dienstbarkeitsrechts allemal erwirbt, wenn irgend Jemand den Besitz ausübt, und dadurch ein mit jenem Grundstücke verbundenes Recht auszuüben gedenkt, er mag übrigens einen Beruf zur Stellvertretung haben oder nicht[613]). Wie es

*) Ist das Grundstück, gegen welches eine Servitutenersitzung Statt finden soll, in den Händen eines Repräsentanten, so schließt ein Erk. d. O.-A.-G. zu Celle die Ersitzung — doch wohl wegen Mangels des Besitzes — aus. Seuffert Arch. I. 179.

613) L. 1. §. 7. D. de itin. 43. 19. „Is, cuius colonus, aut hospes, aut quis alius iter ad fundum fecit, usus videtur itinere, vel actu, vel via ...." L. 3. §. 4. ib. „Uti videmur servitutibus etiam per servos, vel colonos, vel amicos, vel etiam hospites, et fere per eos omnes, qui nobis retinent servitutes ...." [Mit Recht wendet Busch a. a. O. p. 248. gegen den Verf. ein, daß der animus possidendi unter allen Umständen von dem Besitzer des herrschenden Grundstückes zu fordern sei, und die angeführten Stellen vielmehr von der Fortsetzung als von dem Erwerbe der quasi-possessio reden. s. auch Elvers a. a. O. p. 688. Sintenis Civ.-R. §. 64. Not. 40. ferner Seuffert Arch. II. 11. III. 10. V. 111. IX. 131.].

scheint, braucht nicht einmal derjenige, der auf diese Weise zum Besitze gelangt, etwas davon zu wissen*). Nur ist nothwendig, daß nicht etwa derjenige, welcher handelt, sich ein eigenes Recht beilege, in Folge dessen er die Besitzhandlung vornimmt. Wer also ein in meinem Besitze befindliches Grundstück selbst zu besitzen glaubt, und von wegen dieses Grundstücks einen Dienstbarkeitsbesitz ausübt, der kann mich nicht zum Besitzer machen (l. 1. §. 8. D. de itin. 43. 19.). Eben so wenig der Nutznießer, weil auch er als für sein Recht handelnd angesehen wird (l. 3. §. 4. ib.). Auch möchten diese Grundsätze nur anwendbar sein, wenn die Erwerbung des Dienstbarkeitsbesitzes nicht auf einem Rechtsgeschäfte, sondern auf einer reinen Thatsache beruht**), denn wenn ich als Besitzer eines Grundstücks durch eine Uebergabe zum Besitze eines dinglichen Dienstbarkeitsrechts gelangen soll, so ist schwerlich zu glauben, daß ich durch die Verhandlung eines Dritten gewinnen kann, wenn dieser gar nicht als mein Stellvertreter zu betrachten ist. Dieß wird wichtig, wenn z. B. über eine servitus altius non tollendi verhandelt ist, indem hier die Uebergabe gar nicht füglich von einer äußerlich erscheinenden Thatsache begleitet sein kann.

II. Der Einfluß der Stellvertretung bei der Fortsetzung des Besitzes richtet sich im Ganzen nach denselben Grundsätzen. Auch hier kommt, wenn von dinglichen Dienstbarkeitsrechten die Rede ist, alles bloß darauf an, daß „fundi nomine“ die Ausübung erfolgt sei (l. 5., l. 6. pr., l. 20., l. 22., l. 24. D. quemadm. serv. am. 8. 6.; v. Savigny, R. d. Bes. S. 586.). [Und ebenso wird] derjenige, der die Dienstbarkeit von eigenen Rechts wegen benutzt, namentlich der Nießbraucher, durch seine Handlungen [dem Dominus zwar das Recht der Servitut, nicht aber das, die Interdicte anzustellen, erhalten.] (L. 3. §. 4. D. de itin. 43. 19.; l. 21. D. quemadm. serv.). Bei den per-

*) Vgl. Seuffert Arch. II. 135. III. 11. IV. 205.

**) Es handelt sich in den Fällen, die der Verf. hier im Auge hat, nämlich bloß um die Interpretation der Interdictsworte uti oder ducere (vgl. noch L. 5. L. 6. pr. L. 20—24. D. quemadm. serv. 8. 6., welche freilich nicht von dem Besitze, sondern von der Bewahrung des Rechtes selbst durch usus reden). Uebrigens ist daran festzuhalten, daß der Begriff der quasi possessio keineswegs den Ausgangspunkt für diese Interdicte abgegeben hat, vielmehr erst später durch die Doctrin mit ihnen verbunden wurde. s. Bruns R. d. B. p. 82. Daher die Entscheidung bezüglich des Usufructuars in L. 3. §. 4. D. cit.

sönlichen Dienstbarkeitsrechten wird auch für die Fortsetzung ein rechtliches Verhältniß des Besitzers zum Stellvertreter bestehen müssen, wie es oben für den Erwerb gefodert worden ist, gleichgültig, ob es das Verhältniß eines Verwalters oder Pächters ist, oder ob der Genuß unentgeltlich überlassen ist. Der Vertreter muß nur auch das Dienstbarkeitsrecht (z. B. den Nießbrauch) wirklich ausüben. Bloß in dem Falle, wo die Ausübung (z. B. eines Nießbrauchs) für Geld (z. B. pachtweise) abgetreten worden ist, kommt es darauf nicht weiter an, wenn man nur das Geld, das man bekommen soll, fortdauernd bezieht, indem dieses der Ausübung gleich gilt (l. 12. §. 2—4., l. 38—40. D. de usufr. 7. 1.). In dieser Bestimmung liegt eine Abweichung von der Regel, welche nicht mehr als nöthig ausgedehnt werden muß. Da nun in den angeführten Stellen bloß davon die Rede ist, daß der Nießbrauchsbesitz für fortgesetzt gilt, damit nicht das Erlöschen eintrete, so folgt noch nicht, daß er auch insoferne als fortdauernd gelten könne, als durch die Fortdauer eine erwerbende Ersitzung bedingt ist. Noch ist ein besonderer Fall nicht unerwähnt zu lassen, den die l. 29. D. quib. mod. ususfr. 7. 4. berührt. Wenn nämlich der Stellvertreter meines Besitzes den Nießbrauch, den er z. B. selbst von mir gepachtet hat, an einen Andern überläßt (etwa wieder verpachtet), so behaupte ich natürlich den Besitz. Wenn ich aber meinen Nießbrauch an den Eigenthümer selbst verpachtet habe, und dieser die Sache veräußert, ohne den Nießbrauch ausdrücklich vorzubehalten, so komme ich dadurch auf jeden Fall außer Besitz, selbst wenn ich fortdauernd den Pachtschilling beziehe, weil der Käufer, da er vom Eigenthümer gekauft hat, durchaus nicht als Stellvertreter des Nießbrauchsberechtigten gelten kann. Sogar wenn der Eigenthümer bloß weiter verpachtet hat, tritt dasselbe ein*).

*) Vgl. v. Savigny R. d. B. p. 579.

Zweites Hauptstück.

Von der Begründung der Dienstbarkeitsrechte durch Verjährung.

I.

Geschichtliche Einleitung.

A.

Usucapio*).

§. 195.

Daß die usucapio zur Zeit der für die Digesten benutzten Schriftsteller nicht auf die Dienstbarkeitsrechte ausgedehnt war**), und mithin eine erwerbende Verjährung von einem Jahre (bei beweglichen) oder zwei Jahren (bei unbeweglichen Gegenständen) in dieser Lehre nicht angenommen wurde, kann als gewiß gelten[614]. Bloß eine Stelle in des Paulus S. R. (I. 17.

*) Vgl. Branchu De servitutum usucapione. Observ. ad ius Rom. Lugd. Bat. 1721—23. Decas altera cap. 18.

**) Wegen L. 10. §. 1. D. de usurp. 41. 3. vgl. §. 198.

614) Paulus sagt (l. 4. §. 29. D. de usurp. 41. 3.). „.... Eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat; non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute.“ Derselbe (l. 14. pr. D. de serv. 8. 1.). „Servitutes praediorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur, vel ideo, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam perpetuo tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur. Idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.“ Auch l. 10. §. 1. D. de usurp. (von welcher ausführlicher im §. 198.) gehört hieher; denn es ist kaum zu bezweifeln, daß es anstatt „longo tempore capi possunt“ ursprünglich geheißen hat „usucapi possunt.“ Endlich gehören hieher diejenigen Stellen, welche bei unkörperlichen Gegenständen überhaupt die usucapio verwerfen; l. 43. §. 1. D. de A. R. D. 41. 1., und l. 9. D. de usurp. „Usucapionem recipiunt maxime res corporales.“ Bei der letzten Stelle hat jedoch das *maxime* Anstoß gegeben. Galvanus (de usufr. cap. 41. §. 4.) und Majansius (disputat. iur. civ. Tom. II. pag. 274.) finden darin eine Beziehung auf die usucapio libertatis [wozu noch die der ipsae hereditates kommt vgl. Böcking Pand. §. 145. Not. 1.]. Cuiacius (comm. ad h. l.) glaubt einen Zusatz von Tribonian wahrzunehmen; unwahrscheinlich genug, denn Justinian konnte schwerlich behaupten wollen, daß nach seinem Rechte eine usucapio Statt finde, da er

§. 2.) möchte Bedenklichkeiten erregen (vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 9. S. 117. Anm. 24.). Paulus sagt:

„Servitus hauriendae aquae vel ducendae biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur" *).

Schon Cuiacius (comm. ad l. 4. §. ult. D. de usurp.) hat bemerkt, daß diese Stelle von der Unterbrechung durch Nichtgebrauch zu verstehen ist. Der Sinn ist alsdann dieser: Durch zweijährigen Nichtgebrauch werden jene Dienstbarkeitsrechte aufgehoben, aber eben darum werden sie erhalten, wenn auch nur alle zwei Jahre einmal Gebrauch gemacht (und dadurch der Nichtgebrauch unterbrochen) wird. Dieser Erklärung ist der gebrauchte Ausdruck „usurpare" vollkommen angemessen, denn usurpare heißt in der eigentlichen rechtswissenschaftlichen Kunstbedeutung das Gebrauchmachen, insoferne darin eine Unterbrechung liegt (vgl. Th. 1. Anm. 450.). Auch der Ausdruck recipere paßt recht gut, um dasjenige zu bezeichnen, was er hier bezeichnen soll. Die eingetretene usurpatio hat nämlich die Wirkung, daß jetzt die Zeit der aufhebenden Verjäh-

---

die zehn- und zwanzigjährige Ersitzung nicht so nennt, und eine dreijährige Ersitzung, wie in der Folge gezeigt werden soll, bei den Dienstbarkeitsrechten nicht Statt findet. Uebrigens bedarf es dieser Annahme nicht, denn *maxime* hat (wie bei Brissonius de verb. signif. voce: *maxime* sich bemerkt findet) nicht selten die Bedeutung von *utique* und dgl., d. h. es soll dadurch nicht bloß eines von vielen, sondern eben bloß das eine Mögliche angegeben werden. In diesen Fällen kann es im Deutschen mit „namentlich" (bisweilen mit „nämlich") übersetzt werden. (Das Deutsche Wort „insbesondere" hat einen ähnlichen Doppelsinn; denn es bedeutet nicht immer „hauptsächlich," sondern manchmal auch so viel als „namentlich.") P. L. Kritz (Abhdl. über ausgew. Materien d. Civilr., S. 172.) will „maxime" hier so viel gelten lassen, als *ad maximam partem*, d. h. fast immer. — Außer diesen Stellen wird wohl auch noch l. 44. §. 5. D. de usurp. 41. 3. zum Beweise angeführt, daß eine Erwerbung der Dienstbarkeitsrechte durch usucapio nicht Statt finde. Dort heißt es „Non mutat usucapio superveniens pro emtore vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit. *Ut enim usus fructus usucapi non potest*, ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii (Brauchu in den obs. ad ius Rom. decas alt. pag. 130. schlägt vor zu lesen dominio) coniungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur." Der Zusammenhang ergiebt jedoch, daß Brauchu (a. a. O.) Recht hat, wenn er meint, es habe hier bloß behauptet werden sollen, daß die rei usucapio an sich noch keinesweges dem Nießbrauchsberechtigten sein Recht entziehe und es auf den Eigenthümer übertrage.

*) Vgl. oben Anm. 600.

rung wieder von vorne anfangen muß. Es hat also das Dienstbarkeitsrecht völlig wieder die ursprüngliche Festigkeit erhalten; und dieses Wiederherstellen der ursprünglichen Festigkeit ist es, was durch den Ausdruck *recipere* ausgedrückt werden sollte. Der Westgothische interpres hat freilich bei der Stelle des Paulus an das Wiederaufleben einer bereits erloschenen Dienstbarkeit durch usucapio gedacht, und vielleicht (vgl. v. Savigny, Gesch. d. Röm. R. im M. A., B. 2. S. 31 f.) hat er dadurch Veranlassung gegeben, daß auch in der lex Rom. Burgundionum (dem sogenannten Papian) von einer zweijährigen erwerbenden Verjährung bei Wasserleitungen und Wegen gesprochen wird[615]). Zwar wäre es möglich, daß bei Wiedererlangung einer durch Nichtgebrauch erloschenen Dienstbarkeit besondere Grundsätze gegolten hätten[616]), so wie z. B. auch in der Lehre von der Eigenthumsersitzung für die usu receptio (s. Th. 1. §. 94.), aber es bleibt doch immer seltsam, daß eine durch Nichtgebrauch erloschene Dienstbarkeit das besondere Vorrecht haben soll, durch Ersitzung wieder aufleben zu können. Wäre noch dieses Vorrecht auf eine gewisse Zeit (z. B. auf die nächsten zwei Jahre nach eingetretener Tilgung durch Nichtgebrauch) eingeschränkt, so würde das Außerordentliche der Sache dadurch vermindert werden; von einer solchen Beschränkung ist aber aus der Stelle des Paulus nichts zu entnehmen. Ganz unzulässig ist die Meinung derjenigen, welche die Stelle des Paulus auf das alte (vor dem Scribonischen Gesetze geltende) Recht beziehen wollten, denn aus der Art des Ausdrucks geht zu deutlich hervor, daß von einem geltenden Rechtssatze die Rede ist.

§. 196.

So gewiß es nun aber auch ist, daß zur Zeit der in den Digesten benutzten Schriftsteller eine Erwerbung der Dienstbarkeitsrechte durch usucapio nicht Statt fand, so gewiß ist es,

---

615) Lex Rom. Burg. tit. 17. „Aquae cursum et acquiri biennio et amitti biennio constat. Viam, iter, actum . . . . similiter biennio acquiri et amitti biennio“ [vgl. Barkow ad h. l. p. 58.].

616) Dieses behaupten z. B. Galvanus (de usufr. cap. 12. §. 4.) und Joh. van de Water (obs. II. p. 226.).

daß eine Zeit war, wo die usucapio wirklich eine Erwerbung der Dienstbarkeitsrechte begründete*). Erst durch das Scribonische Gesetz soll dieses aufgehoben worden sein, wie uns Paulus in der l. 4. §. 29. D. de usurp. 41. 3. (s. Anm. 614.) berichtet[617]). Hugo zweifelt zwar noch immer, weil wir schlechterdings nur aus dieser einzigen Stelle wissen, daß ein Scribonisches Gesetz über die usucapio servitutum Bestimmungen gemacht habe (R.-G. Aufl. 11. S. 534. vgl. mit S. 385. A. 4.). Wie vieles würde aber bezweifelt werden können, wenn man alles bezweifeln wollte, was auf einer einzeln dastehenden Nachricht beruht! Dadurch, daß diese Nachricht nicht in einer reinen Quelle, sondern in den Digesten auf uns gekommen ist, kann sie wohl schwerlich verdächtig werden, weil durchaus kein vernünftiger Grund einer so seltsamen Fälschung sich ersinnen läßt. Und da wir jetzt aus Gaius (II. 54.) wissen, daß man eine Zeit lang sogar für die Erbschaft als Ganzes — also für eine nicht körperliche Sache — eine usucapio gelten ließ, und zwar eine jährige, indem man annahm, daß die Worte der zwölf Tafeln, welche von „ceterae res" im Gegensatze mit den unbeweglichen Gegenständen reden, und für diese eine Jahresfrist als Usucapionszeit festsetzen, füglich auch Erbschaften in sich begreifen könnten, so ist es um vieles wahrscheinlicher geworden, daß man auch bei der Zulassung einer usucapio für die Dienstbarkeitsrechte kein Bedenken fand.

Uebrigens soll keineswegs behauptet werden, daß die usucapio jemals für alle Arten von Dienstbarkeitsrechten gegolten habe. Es wäre wenigstens sehr möglich, daß bei den persönlichen Dienstbarkeiten und bei den servitutes praediorum rusticorum die usucapio niemals zugelassen worden wäre, weil die Ausübung dieser Dienstbarkeitsrechte sich nicht auf eine Weise kund giebt, die mit einem zusammenhängenden Besitze verglichen werden könnte. Dann hätte sich natürlich auch die im

*) Schilling Bemerk. üb. Röm. RG. p. 168. macht darauf aufmerksam, wie die Interpretation hier einfach den in den XII Tafeln gebrauchten Ausdruck „*usus* auctoritas" auf die Servituten anwendete, bei denen ja auch ein uti Statt fand.

617) Haloander's Ausgabe hat *Voconia* anstatt *Scribonia*. Vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 9. S. 111. Anm. 1. [Cf. I. F. de Retes ad leg. Scribon. Meerm. thes. Tom. VI.]

Scribonischen Gesetze ausgesprochene Aufhebung der Dienstbarkeitsersitzung lediglich auf die servitutes praediorum urbanorum bezogen[618]). Die l. 4. §. 29. D. de usurp. 41. 3. ist dieser Ansicht gar nicht entgegen. Sie erwähnt nämlich des Scribonischen Gesetzes nur bei Gelegenheit einer Bemerkung über das usucapere libertatem. Indem angeführt wird, daß die Nothwendigkeit dieser befreienden usucapio auch noch nach dem Scribonischen Gesetze fortdauere, wird zugleich berichtet, daß die „usucapio, quae servitutem constituebat" in demselben Gesetze aufgehoben worden sei. Da nun die befreiende usucapio bloß bei den servitutes praediorum urbanorum Anwendung findet (s. §. 217.), so kann füglich auch die in der Stelle erwähnte Ausschließung der usucapio durch das Scribonische Gesetz auf die servitutes praediorum urbanorum ausschließlich bezogen werden. Daß in der l. 14. pr. D. de serv. (s. Anm. 614.) die Ausschließung der usucapio bei den servitutes praediorum rusticorum ohne alle Berufung auf das Scribonische Gesetz aus Gründen abgeleitet wird, die von der Natur der Sache hergenommen sind, stimmt damit ganz überein. Zwar wird am Schlusse jener Stelle hinzugefügt, daß ein gleiches bei den servitutes praediorum urbanorum gelte („idem .... observatur"); es ist aber damit keineswegs gesagt, daß es aus denselben Gründen gelten müsse. Der eigentliche Hauptgrund, welcher von dem Man-

---

618) Schon Cuiacius (comm. ad tit. de usurp. l. 4. §. libertatem) hat diese Ansicht. Ihm folgten angesehene Rechtsgelehrte, z. B. Gravina (orig. iur. civ. III. 66.), Chr. Gottfr. Hoffmann (hist. iur. Rom. pag. 60.), Branchu (obs. iur. Rom. cap. 17.), und ganz neuerlich v. Löhr (in dem von ihm und Grolmann herausgegebenen Mag. f. Rw. u. Gesetzg. Bd. 3. Nro. 3. S. 120—128.). [So ferner v. Vangerow Pand. I. p. 867 f., woselbst weitere Citate nachzusehen sind, Elvers a. a. O. p. 651.] Unter den Gegnern dieser Ansicht verdienen angeführt zu werden van de Water (obs. iur. Rom. II. 28.), Janus a Costa (dessen Abhandlung über diesen Gegenstand in dessen praelect. ad illustriores quosd. tit. locaque selecta iur. civ. p. 50 u. fgg., dann aber auch im Meerman'schen thesaurus, Th. 1. S. 710 fgg., wiewohl hier mit Weglassungen, zu finden ist), Conradi (not. m. ad Raevardi tract. de lege Scribonia) ✣ Schilling a. a. O. p. 168—170. ✣ Vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 9. S. 109 u. S. 113. — Eine der Cuiaciusschen Ansicht gerade entgegengesetzte Meinung (vgl. Glück a. a. O. S. 110.), welche annimmt, die usucapio sei vor dem Scribonischen Gesetze bloß bei den servitutes praediorum rusticorum vorgekommen, weil diese allein res mancipi waren, widerlegt sich aus dem, was sogleich gesagt werden wird, von selbst.

gel einer „certa continuaque possessio" hergenommen ist, paßt nicht einmal auf die servitutes praediorum urbanorum. Der erste, aus der unkörperlichen Natur der Dienstbarkeitsrechte hergenommene Grund gilt allerdings auch für sie; allein dieser Grund ist offenbar kein ursprünglicher, sondern nur ein aus der Beobachtung des geltenden Rechts gefolgerter*); er hindert uns also nicht, für einige res incorporales ein Gesetz als den entfernteren Ausschließungsgrund der usucapio aufzusuchen[619]).

Aber enthält denn nicht eine Stelle bei Cicero den genügenden Beweis, daß sogar noch zu Cicero's Zeit gerade bei den servitutes praediorum rusticorum die usucapio Anwendung gefunden habe?

Pro Caec. cap. 26. „Fundus a patre relinqui potest; at usucapio fundi, hoc est, finis sollicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquaeductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a iure civili sumitur."

Gewöhnlich wird rata auctoritas von der usucapio verstanden (vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 9. S. 109. Anm. 91.), was

*) S. jedoch Hoffmann Serv. II. p. 127. 128. Beide von Paulus angegebene Gründe sind nur dogmatischer Natur, (vgl. oben p. 114. Not. *)) jedenfalls ist, wie die Fortdauer der libertatis usucapio zeigt, der erste bei dem Erlaß der lex Scribonia nicht maßgebend gewesen.

619) Nach v. Löhr (s. d. vor. Anm.) soll sogar das „observatur" in der l. 14. pr. cit. eine Andeutung enthalten, daß bei den servitutes praediorum urbanorum die usucapio nicht sowohl aus innern (in der Natur des Besitzes liegenden), als vielmehr aus äußeren (gesetzlichen) Gründen ausgeschlossen gewesen sei. Auch das „hoc iure utimur" in der l. 10. §. 1. D. de usurp. (s. §. 198.), die ja auch auf die servitutes praediorum urbanorum geht, wie man aus dem Schlusse der Stelle („cum aedificiis possint") entnehmen kann, scheint ihm einen solchen Fingerzeig zu enthalten. Hier geht er zu weit; vielmehr muß man zugeben, daß sowohl das „observatur" als das „hoc iure utimur" bei weitem am häufigsten bei Rechtssätzen gebraucht werden, die sich ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung gebildet haben. Dieses sah auch Cuiacius, und ließ sich dadurch zu dem Ausspruche verleiten, es sei die Ausschließung der usucapio bei den servitutes praediorum urbanorum ein Rechtssatz mixti iuris, der sich zugleich auf das Scribonische Gesetz und auf das Herkommen gründe (was ihm viel Tadel von Janus a Costa zugezogen hat). Ich sehe aber doch nicht ein, warum man nicht auch bei einem gesetzlich eingeführten Rechtssatze die Ausdrücke „observatur" und „hoc iure utimur" sollte gebrauchen können.

um so zulässiger sei, als kurz vorher von *usucapio fundi* die Rede gewesen ist; daß ein anderer Ausdruck bei der abermaligen Erwähnung der usucapio gebraucht werde, erkläre sich aus dem rednerischen Bestreben, wiederkehrende Worte zu vermeiden. Unter dieser Voraussetzung würde die Stelle zweierlei beweisen; erstens, daß das Scribonische Gesetz jünger sei als Cicero's Rede; und zweitens, daß vor demselben eine usucapio für die servitutes praediorum rusticorum allerdings gegolten habe. Allein da der Ausdruck auctoritas sonst nirgends so viel als usucapio bedeutet, so steht diese Erklärung keineswegs fest. Nimmt man die bereits im Th. 1. §. 7. nachgewiesene Bedeutung eines rechtlichen Schutzes (rechtliche Sicherheit) auch hier an, so ergiebt sich ein sehr natürlicher Sinn. Cicero will sagen: die rechtliche Befestigung des Besitzes verdanke man immer dem Gesetze und den daraus abgeleiteten Rechtsgrundsätzen. In dieser Hinsicht nennt er beim Eigenthume die usucapio, weil in der Regel der Eigenthumsbeweis nur dadurch, daß man auf sie zurückgeht, geführt werden kann. Diese usucapio des Eigenthums begründet mittelbar auch die vollkommene Festigkeit der Dienstbarkeitsrechte, insoferne derjenige, welcher ein Grundstück durch usucapio erworben hat, nun auch auf eine vollkommen gültige Weise das Grundstück mit Dienstbarkeiten beschweren kann. Unter der rata auctoritas würde also besonders die gesetzliche Kraft zu verstehen sein, welche einer solchen von dem Eigenthümer ausgegangenen Verleihung einer Dienstbarkeit eingeräumt ist[620].

Wenn die so eben angeführte Stelle Cicero's wenig geeignet ist, die Anwendung der usucapio auf die servitutes praediorum rusticorum außer Zweifel zu setzen, so möchten ein paar andere Gründe, welche man auch wohl geltend zu machen sucht, noch weniger ihr Ziel erreichen. Der erste Grund ist hergenommen aus [Hyginus de generib. controv. ed. Lachm. p. 126. v. 2 sq. vgl. im comment. p. 12. v. 12 sq.] Die Stelle lautet bei Lachmann also:

> De fine si ageretur. quae res intra pedum quinque aut sex latitudinem quaestionem habet, quoniam hanc latitudinem vel

620) Eine andere Erklärung hat Branchu (obs. cap. XVII. pag. 140.); er nimmt aber ebenfalls an, daß hier nicht von einer Begründung der Dienstbarkeiten durch usucapio die Rede ist.

iter culturas accedentium occupat vel circumactus aratri. quod usucapi non potest: iter enim non, quia ad culturas perveniatur, capitur usu, sed id quod in usu biennio fuit."]

Retes (ad leges ex quib. proh. est usucap.) führt im §. 2. diese Stelle in der Art an, daß er anstatt „*fuit*" *finitur* setzt. Wie er zu dieser Lesart gekommen ist, weiß ich nicht. Am meisten möchte die Erklärung befriedigen, welche ich in v. Savigny's schriftlichen Mittheilungen finde. Dort heißt es: „Mir scheint der Sinn der Stelle entschieden dieser. Der Grenzrain dient als Weg und zum Umwenden des Pflugs (also nicht selbst als Acker, d. h. nicht zum Fruchttragen), und wird nicht usucapiert. Denn man kann nur dasjenige (Land nämlich) durch usucapio erwerben, das man zwei Jahre lang im *usus* hat, (d. h. pflügt, besäet), nicht das iter, das ja (gar nicht bebaut wird, sondern nur) als Zugang zum bebauten, im usus begriffenen Lande gebraucht wird (und zugleich zum Umwenden des Pflugs, was nur hier bei der Wiederholung übergangen ist). Die Hauptsache ist, daß man *id* nicht auf *iter* beziehe"*). Der zweite Grund ist ganz unbedeutend; er stützt sich auf die unerweisliche Annahme, daß unser Scribonisches Gesetz, welches über die usucapio der Dienstbarkeitsrechte bestimmte, eines und dasselbe sei mit der lex Scribonia viaria oder vinearia, welche unter dem Consultate des Paulus und Marcellus auf den Vortrag des Tribuns C. Curio gemacht wurde[621]). Dieses als erwiesen vorausgesetzt, wäre es allerdings nicht recht wahrscheinlich, daß eine lex viaria oder vinearia eine ausschließlich die servitutes praediorum urbanorum betreffende Verfügung enthalten haben sollte.

*) Denselben Gedanken drückt Rudorff Grom. Inst. p. 439. also aus: in dem usus itineris ad culturas oder in dem circumactus aratri läge höchstens der Quasibesitz einer intermittierenden Wegeservitut, nicht der Sachbesitz, besonders wenn der Saum unbestellt liegen bleibt. Die Eigenthumsersitzung ist also unmöglich, weil es am zweijährigen ununterbrochenen Besitz fehlt. —

621) Vgl. Bach Rechtsgesch. II. 2. §. 88. Die Lesart vinearia ist bei Lipsius (elect. c. 8.). Gros (Gesch. d. Verj. S. 40.) bezweifelt die Einerleiheit dieser beiden Scribonischen Gesetze besonders deswegen, weil eine so wichtige Veränderung, wie die Aufhebung der usucapio bei den Dienstbarkeitsrechten ist, schwerlich bloß im Vorbeigehen gemacht sei. Mein Zweifelsgrund besteht hauptsächlich in dem gänzlichen Mangel eines für die Einerleiheit sprechenden Grundes.

§. 197.

Zu welcher Zeit die Aufhebung der usucapio in ihrer Anwendung auf Dienstbarkeitsrechte erfolgt sei, ist nicht auszumitteln. Wir haben die verschiedensten Meinungen über das Zeitalter des Scribonischen Gesetzes (vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 9. S. 111. Anm. 2.), sie ermangeln aber alle einer festen Begründung. Wäre wenigstens ausgemittelt, daß unser Gesetz zu den Centuriengesetzen gehörte, so wäre doch eine Art von Grundlage für die Untersuchung gewonnen; es bliebe aber noch immer Raum genug für die Vermuthung, weil in drei verschiedenen Jahren (677. d. St., zur Zeit der freien Verfassung, 719., unter dem ersten Augustus, und 769., im zweiten Jahre der Herrschaft des Tiberius) Consuln aus dem Geschlechte der Scribonier aufgeführt werden. Völlig bodenlos aber wird die Untersuchung dadurch, daß die lex Scribonia eben so gut ein plebiscitum sein kann; mag es doch gar oft Volkstribunen aus dem Scribonischen Geschlechte gegeben haben, deren Amtsführung nur freilich nicht so merkwürdig geworden ist, als die des L. Scribonius Libo im J. d. St. 603., der daher auch das Glück gehabt hat, von Einigen zum Urheber des von der Dienstbarkeitsersitzung handelnden Gesetzes gemacht zu werden. Die Ungewißheit geht so weit, daß nicht einmal der Zeitraum sich angeben läßt, in welchen wir die in der usucapio der Dienstbarkeitsrechte eingetretene Veränderung zu setzen haben; denn da wir die im vorigen §. näher beleuchteten Stellen aus Cicero und Hyginus nicht als Beweis können gelten lassen, daß die usucapio der Dienstbarkeitsrechte zur Zeit [jener Schriftsteller] [622]) noch in Uebung gewesen sei, so hat die Vermuthung einen sehr weiten Spielraum.

B.

Verjährung durch longum tempus.

§. 198.

Der in den vorigen §§. bewiesenen Ausschließung der usucapio ungeachtet finden wir dennoch mehrere Stellen aus der

622) [Die Schrift des Hyginus ist bald im Anfange der Regierung Trajans verfaßt s. Lachmann Röm. Feldm. II. p. 139.]

Zeit der Digestenschriftsteller, welche auf die Zulässigkeit einer Erwerbung der Dienstbarkeitsrechte durch fortgesetzten Besitz hinweisen. Ich meine natürlich hier nicht diejenigen, in welchen von vetustas und von Unvordenklichkeit die Rede ist, denn von diesen ist schon an einem andern Orte gehandelt und gezeigt worden, daß sie gar nicht in die Lehre von der Verjährung der Dienstbarkeitsrechte gehören (vgl. Th. I. §. 142.). Die hier in nähere Betrachtung zu ziehenden Stellen sind folgende:

1. L. 10. pr. D. si serv. vind. 8. 5. (Ulpian) „Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse, docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse."

2. L. 1. §. ult. D. de aq. pluv. arc. 39. 3. (Ulpian) „.... Sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine vel ex iure impositam servitutem videatur ...."[623]).

3. L. 5. §. 3. D. de itin. 43. 19. (Ulpian) „Si quis servitutem iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam, ex eo, quod diu usus est hac servitute, interdicto hoc (nämlich de itinere [reficiendo]) uti potest."

4. L. 28. D. de S. P. U. 8. 2. (Paulus) „Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque *tempore acquiri* placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex coelo aquae veniat, neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit."

5. L. 25. (ult.) D. quemadm. serv. am. 8. 6. (Paulus) „Servitute usus non videtur, nisi is, qui *suo iure uti* se credidit; ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio *utiliter* competit."

6. L. 1. C. de servit. 3. 34. (Antoninus) „Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra *veterem* formam exstruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas,

623) Vollständig ist die Stelle abgedruckt im ersten Theile, §. 140. [wegen der Lesart s. Arndts Beitr. p. 150. Not. 20.]

more solito exercere non prohiberis. Is, qui iudex erit, *longi temporis consuetudinem* vicem servitutis obtinere sciet, modo si is, qui pulsatur, nec vi nec clam nec precario possidet."

7. L. 2. C. ibid. (Derselbe). „Si aquam per possessionem Martialis *eo sciente* duxisti, servitutem *exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti.* Quodsi *ante id spatium* eius usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas. . . . ."

Daß hier von einer Erwerbung der Dienstbarkeitsrechte durch Verjährung die Rede ist, ist keine Frage, denn Ulpian (Nro. 1.) spricht von einem *nancisci* des Wasserleitungsrechts, und in einer anderen Stelle (Nro. 2.) wird gesagt, daß die Dienstbarkeit *vel ex iure imposita* geachtet werde. Nicht minder klar ist der Ausdruck in der Verordnung des Antoninus (Nro. 6.), daß der Ablauf des longum tempus „vicem servitutis" behaupte. Die entscheidendste Beweisstelle aber würde eine andere Verfügung desselben Kaisers sein (Nro. 7.), wo der Ausdruck „*servitutem tempore quaerere*" vorkommt, wenn diese Stelle nicht sonst ihre Schwierigkeiten hätte, wovon im §. 212. die Rede sein soll[624]). Daß diese Verjährung nicht durch ein Gesetz eingeführt worden ist, leuchtet sogleich ein, weil es alsdann nicht erst einer besonders angepaßten Klage (utilis actio) bedurft hätte (Nro. 1. 5.), und Ulpian wohl schwerlich den Ausdruck *quasi servitus* (vgl. Nro. 2.) gebraucht haben würde. Man braucht aber auch nicht einmal einen Senatsbeschluß oder eine ausdrückliche Bestimmung des Edicts anzunehmen (denn bei dem gänzlichen Stillschweigen unserer Quellen bleibt eine

---

624) [vgl. noch L. 28. D. de S. P. U. 8. 2.] Dabelow (Verj. Bd. 1. S. 48—50.) will alle hier angeführten Stellen so verstehen, als ob sie lediglich von einer für den Besitzer streitenden Vermuthung sprächen, die durch den Beweis des Gegentheils zerstört werden könne, nur die zuletzt genannte mache eine Ausnahme; dieses beruhe aber auf einer Verwechselung. Inzwischen (ebd. §. 55.) sei dieser Irrthum allmählig in den Gerichten geltend geworden, und Justinian habe ihn bestätigt. Diese Meinung bedarf keiner Widerlegung. Uebrigens haben schon andere vor Dabelow ähnliche Ansichten gehabt, und behauptet, daß die zehn- und zwanzigjährige Verjährung erst durch Justinian (l. 12. C. de pr. l. t. 7. 33.) eine erwerbende Verjährung geworden sei. Beruhte diese Verjährungsart wirklich nur auf jener Stelle, so wäre sie schwach begründet. Man vergleiche, was im §. 202. gesagt werden soll.

solche Annahme ohne Zweifel sehr mißlich[625]); der einfache Gerichtsgebrauch*), ausgehend von der Ansicht, daß eine solche Erweiterung des Verjährungsrechtes den Bedürfnissen angemessen sei, und unterstützt von dem Ansehen der Rechtsgelehrten und der kaiserlichen Verfügungen, erscheint als hinreichend, um diese Ausdehnung des Verjährungsrechtes festzustellen. Eine reine Anwendung der longi temporis praescriptio haben wir hier freilich nicht vor uns. Dieses erhellt schon daraus, daß die Dienstbarkeitsverjährung in Folge der durch sie begründeten utilis actio als eine erwerbende Verjährung angesehen werden muß, während die longi temporis praescriptio ihrer Natur nach eine bloß befestigende Verjährung ist**). Auch ist der Ausdruck longi temporis praescriptio hier durchaus vermieden, und wir finden dafür die Ausdrücke *longa quasi possessio*, *longa* (oder *longi temporis*) *consuetudo*, *longae possessionis praerogativa* und *diuturnus usus****). Daraus folgt aber keineswegs, daß nicht dennoch diese erwerbende Ersitzung aus dem Rechte der longi temporis praescriptio hervorgegangen sein könne, und als eine erweiterte Anwendung derselben zu betrachten sei. Die Erfodernisse brauchen deswegen nicht durchaus dieselben zu sein; nur müßte man annehmen, daß die Dauer der Verjährungszeit dieselbe war. Nichts scheint auch natürlicher, da es kaum glaublich ist, daß in zwei so nahe verwandten Lehren, wie die longi temporis praescriptio und die erwerbende Verjährung der Dienstbarkeitsrechte sind, die Bedeutung von *longum tempus*

625) Die l. 10. D. si serv. vind. (s. Nro. 1.) ist freilich aus Ulp. lib. 53. ad edict. praet.; aber daraus folgt nur, daß Ulpian sich bewogen gefunden hat, der in Folge der Verjährung anzunehmenden utilis actio bei Gelegenheit des prätorischen Edicts über die actio aquae pluviae arcendae Erwähnung zu thun (vgl. l. 1. §. ult. D. de aq. pluv. arc. s. Nro. 2.), keineswegs, daß eine besondere Stelle des Edicts ihm dazu Veranlassung gegeben habe.

*) So auch v. Vangerow Pand. I. p. 868. Andere nennen „das prätorische Recht" als Quelle dieser Ersitzung z. B. Puchta Inst. II. §. 256. a. E. Elvers a. a. O. p. 737., wobei aber auch nicht nothwendig an eine ausdrückliche Bestimmung im Edicte zu denken ist.

**) S. jedoch oben Not. *) nach Anm. 577. Brinz Pand. Bd. I. p. 276. 277. Auf dieser nicht haltbaren Unterscheidung des Verf. beruht denn auch großentheils die Polemik in §. 206., welche deshalb ebenfalls zu weit geht.

***) Aber auch longo tempore quaerere, acquirere. Gegen die Meinung, als ob erst Justinian in L. 12. C. de praescr. l. t. 7. 33. die Zeit von zehn Jahren festgesetzt habe s. Hasse a. a. O. Anm. 3.

eine verschiedene sein sollte. Freilich sagt Ulpian (l. 10. §. 1. D. de usurp. 41. 3.):

„Hoc iure utimur, ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint."

Diese Stelle hat den Auslegern viel zu schaffen gemacht (vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 9. S. 114. Anm. 11. und S. 121. Anm. 30.). Ueber ihre ursprüngliche Bedeutung scheint kein Zweifel zu sein. Ulpian schrieb höchst wahrscheinlich „ut servitutes per se nusquam *usucapi* possint," und das *nusquam* sollte ausdrücken, daß weder bei Italischem Grund und Boden, noch auch in den Provinzen eine usucapio Statt finden könne[626]). Aber was bezweckte man, indem man die Stelle so verändert, wie sie jetzt vor uns liegt, in die Digesten aufnahm? Wohl schwerlich konnte man dabei darauf aufmerksam machen wollen, daß die in anderen Stellen erwähnte Verjährung durch longum tempus keine Verjährung von zehn oder zwanzig Jahren sei, wie die longo tempore capio, die im Justinianischen Rechte zur Erwerbung des Eigenthums bei unbeweglichen Gegenständen vorkommt. Wäre dieses Absicht gewesen, so hätte vor allen Dingen der zweideutige Ausdruck „*longo tempore*" geändert und mit einem bestimmteren vertauscht werden müssen. Meine feste Ueberzeugung ist noch immer diese, daß die Verfasser der Digesten von dem Vorwurfe der Flüchtigkeit nicht frei gesprochen werden können. Sie waren gewohnt, den Ausdruck *usucapere*, wo er in Beziehung auf unbewegliche Sachen vorkam, mit longo tempore capere zu vertauschen, und so geschah es denn auch hier, obgleich die Stelle am besten ganz weggeblieben wäre[627]). Doch leistet sie zufällig uns sehr gute Dienste, um die Meinung derer zu widerlegen, welche außer derjenigen Verjährung durch longum tempus, deren Natur wir aus den darüber

626) Lyclama (membran. II. 6.) bezieht das nusquam auf den Unterschied zwischen servitutes praediorum urbanorum und rusticorum. Branchu (obs. XVII. pag. 134.) will nunquam anstatt nusquam lesen.

627) In den Heidelberger Jahrbüchern (1817. Nro. 36. S. 575.) wird diese Voraussetzung einer Aenderung eine höchst willkürliche genannt, da sonst nirgends die Ausdrücke usucapio und usucapere von den Compilatoren ausgelöscht worden seien. (?!) [Vgl. auch v. Savigny Syst. §. 197. Not. d. Arndts Pand. §. 189. Anm. 1. v. Vangerow Pand. I. p. 870. Für nicht nothwendig erklärt die Annahme einer Interpolation Hoffmann Serv. II. p. 131.]

besonders sprechenden Stellen zu entnehmen haben, noch eine andere Art von Dienstbarkeitsersitzung aufstellen, welche sie ganz der Eigenthumsverjährung nachbilden (s. §. 206.). Es bedarf daher auch für uns gar nicht der Ausflucht, welche van de Water (obs. iur. Rom. II. 18.) zur Erklärung dieser Stelle zu Hülfe nimmt. Es sei nämlich keinem Zweifel unterworfen, daß Niemand ein Dienstbarkeitsrecht durch Verjährung erwerben könne, wenn ihm nicht das Grundstück gehöre, für welches das Recht erworben werden soll; dieser Satz nun könne füglich in die Stelle hineingelegt werden. Als Nothbehelf mag auch diese Erklärung hingehen*).

§. 199.

Inzwischen ist es ganz besonders diese l. 10. §. 1. D. de usurp., wodurch Zimmern zu der Annahme bestimmt worden ist, es sei bei der Ersitzung der Dienstbarkeiten gar nicht an eine feste Zeitbestimmung gedacht worden, vielmehr sei es der Beurtheilung des Richters anheim gegeben, ob er Unvordenklichkeit fodern, oder auch abgesehen davon sich mit einer größeren oder kleineren Reihe von Jahren begnügen wolle. Zur Unterstützung dieser schon von Eberh. Otto (de usucap. serv. §. 9.) vertheidigten Meinung führt Zimmern noch an, wie es außer Zweifel sei, daß unter longum tempus nicht immer ein bestimmter Zeitraum verstanden werde. Man brauche nur l. 6. §. 1. D. de SC. Maced. 14. 6., l. 10. in fin. D. si quis caut. 2. 11., l. 22. §. 2. D. ad SC. Treb. 36. 1., l. 6. C. de rep. hered. 6. 31. und nov. 22. c. 44. zu vergleichen. Wenn in der l. 6. pr. D. de usur. 22. 1. gesagt werde, daß eine Schuld anzunehmen sei, wenn die Zinsen „longo-tempore" gezahlt worden seien, so lesen wir dagegen in l. 1. C. de fideic. 6. 42., daß eine Verpflichtung zu einem Jahrgelde erwiesen sei, wenn man zeige, daß die Auszahlung „per multum temporis, id est, non minus in tali causa *triennio*" Statt gefunden habe. In der l.

*) Dafür und gegen die abweichende Deutung Thibaut's auf translative Verjährung (Arch. f. d. civ. Prax. Bd. V. p. 328.) s. v. Vangerow a. a. O. Stand ursprünglich usucapi in der Stelle, so konnte sie freilich nur sagen, durch Usucapion werde einzig eine schon bestehende Servitut zugleich mit dem herrschenden Grundstücke erworben. Hoffmann a. a. O.

20. pr. C. de agric. et cens. 11. 47. erscheine die „longinqua et inveterata redituum perceptio" als gleichbedeutend mit der gleich darauf erwähnten longi temporis praescriptio. Bekannt sei die Unbestimmtheit des Ausdrucks longum tempus in l. 37. §. 1. D. de usurp. (vgl. v. Savigny, R. d. Bes. S. 424.) oder post multos annos in der l. 4. §. 4. D. quod cum eo 14. 5. (vgl. Thibaut, civ. Abh. S. 355. Anm. 11.). In der l. 7. §. 2. D. de A. R. D. 41. 1. und in der daraus entnommenen Institutionenstelle werde durch den Ausdruck „si longiore tempore fundo meo haeserit" bloß die zum Festwurzeln der auf fremden Boden hingeführten Bäume erfoderliche Zeit bezeichnet (vgl. Gesterding, im Arch. f. civ. Prax. Bd. 3. S. 72. Anm. 8.). Es hätte noch erinnert werden können, daß auch in der Lehre vom Gewohnheitsrechte, wie jetzt ziemlich allgemein angenommen ist, das longum tempus nicht eine genau bestimmte, sondern eine nach Ermessen zu bestimmende Zeitfrist sei (vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 1. S. 469.)[627a]). Am sprechendsten sei aber l. 10. D. si serv. vind. (s. §. 198. Nro. 1.), wo bei der Angabe, was derjenige zu beweisen habe, der sich zum Schutze eines Dienstbarkeitsrechts auf Verjährung beruft, nicht von zehn oder zwanzig Jahren die Rede ist, sondern gesagt wird, er müsse darthun, daß er *„per annos forte tot"* in der Ausübung sich befunden habe. Die Unbestimmtheit des für die Dienstbarkeitsersitzung erfoderlichen longum tempus dürfe übrigens um so weniger uns wundern, als auch für die longi temporis praescriptio erst durch kaiserliche Verordnungen eine bestimmte Zeitfrist (von zehn oder zwanzig Jahren) eingeführt worden sei (l. 76. §. 1. D. de C. E. 18. 1.).

Gegen diese Gründe läßt sich folgendes erwidern. 1) Nirgends wäre die Verstattung einer richterlichen Willkür schlechter angebracht, als in der Lehre von der Verjährung, wo bestimmte Zeiträume dringendes Bedürfniß sind, weil die Verjährung den Rechtsstreitigkeiten ein Ziel setzen, nicht aber eine noch größere Verwickelung derselben durch das Hinwerfen eines neuen Zankapfels herbeiführen soll. Auch die longi temporis praescriptio hat gewiß gleich anfangs einen bestimmten Zeitraum gehabt,

627a) Vgl. ferner L. 5. C. de agric. et cens. L. 7. C. de serv. 3. 34. (contra veterem formam atque solennem morem). L. 13. §. 1. D. comm. praed. 8. 4.

nur daß er in den verschiedenen Provinzen vielleicht nicht gleichförmig war, ehe ihn die kaiserlichen Verordnungen auf zehn und zwanzig Jahre festsetzten. Ganz anders ist es, wenn bloß von Vermuthungen die Rede ist, die durch einen längeren Zeitablauf begründet werden sollen; hier ist es nicht immer zweckmäßig, das richterliche Ermessen durch bestimmte Vorschriften zu fesseln, weil die Vermuthung von einem Zusammenflusse von Umständen abhängt, die nach dem besonderen Gewichte, das sie in dem vorliegenden Falle haben, und im Verhältnisse zu den Gegenvermuthungen erwogen werden müssen[628]. 2) Unter diesen Umständen muß man bei der Erwähnung von longum tempus in Beziehung auf die Begründung von Dienstbarkeitsrechten um so mehr an eine bestimmte Zeit, also an eine Zeit von zehn oder zwanzig Jahren denken, da Paulus, welcher (S. R. V. 5. A. §. 8.) sagt „Res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest,“ noch hinzufügt „Longum autem tempus, exemplo longae praescriptionis, decennii inter praesentes et inter absentes vicennii computatur.“ Daraus scheint nämlich hervorzugehen, daß man allenthalben, wo das longum tempus als eigentliche Verjährungszeit vorkam, einen Zeitraum von zehn oder zwanzig Jahren erfoderte. 3) Da die Verjährungszeit unter Anwesenden zehn, unter Abwesenden zwanzig, also bei einer Theilung zwischen Anwesenheit und Abwesenheit zehn bis zwanzig Jahre betrug, so konnte Ulpian (l. 10. D. si serv. vind.) mit Recht sagen, es müsse ein Besitz von so und so viel Jahren (per annos forte tot) bewiesen werden. 4) Die l. 2. C. de serv. (vgl. §. 198. Nro. 7.) weist durch den Ausdruck „ante id spatium“ allerdings auf einen bestimmten Zeitablauf, und giebt dadurch dem vorangegangenen tempore quaerere eine bestimmte Bedeu-

---

628) Thibaut, der sich die Widerlegung der Zimmern'schen Lehre zur besondern Pflicht gemacht hat, sagt sehr richtig (Arch. f. civ. Prax. Bd. 5. S. 525.) „Das Verweisen auf richterliches Ermessen hat seinen guten Sinn, wenn man dabei dem Richter irgend ein leitendes Princip geben kann, wie z. B. wenn man sagte: ein kleiner, nach Umständen unschädlicher Verzug solle nicht angerechnet werden. Allein sinnlos wird die richterliche Willkür, wenn sie ganz und gar keine Entscheidungsnorm zum Grunde legen kann. Und so wird sie doch durch jene neue Theorie gestellt.“ ✠Vgl. auch Hasse a. a. O. p. 398. 399.✠

tung. 5) Was zur Erklärung der freilich verfänglichen l. 10. pr. D. de usurp. gesagt werden kann, ist bereits im vorigen §. vorgekommen.

Zimmern's Ansicht wird vielleicht in Lehrbüchern hie und da Beifall finden[629]), schwerlich aber dürfte sie darauf rechnen können, in den Gerichten Eingang zu erhalten, da in der Anwendung die Bedenklichkeit einer Verjährung ohne bestimmten Zeitraum am lebendigsten gefühlt wird.

§. 200.

Nicht sehr verschieden von der Zimmern'schen Ansicht ist diejenige, welche sich in den Heidelberger Jahrbüchern (1817. Nro. 36.) bei Beurtheilung meiner Schrift über die Verjährung durch fortgesetzten Besitz angedeutet findet. Die longa quasi possessio oder longa consuetudo, welche bei der Erwerbung der Dienstbarkeitsrechte vorkommt, sei nämlich gar keine eigentliche Verjährung, sondern — ein Gewohnheitsrecht. „Und warum soll es denn nicht eben so gut eine consuetudo inter partes, wie für ein ganzes Land, District oder Stadt geben können, da ja auch die Römer eben so gut, wie sie von einer lex generalis, auch von einer lex contractus reden." Zugleich wird versprochen, bei einer andern Gelegenheit solle dargethan werden, „daß die ganze sogen. Immemorialverjährung unter diesen Gesichtspunkt einer consuetudo inter partes zu ziehen ist." Ob nun noch ein Unterschied angenommen wird zwischen einem vieljährigen und einem unvordenklichen Gewohnheitsrechte, das wird nicht näher ausgesprochen; wahrscheinlich soll es nicht der Fall sein. So viel ist leicht zu ersehen, daß auch nach dieser Ansicht ein bestimmter Zeitablauf nicht erfoderlich sein soll, und so gilt gegen sie alles, was gegen Zimmern erinnert wor-

629) So ist v. Wening (Lehrb. d. gem. Civilrechts, Th. 1. Ausg. 2. §. 95.) der Zimmern'schen Ansicht beigetreten, [hat sie in den späteren Auflagen aber wieder aufgegeben.] Auch P. L. Kritz (Abh. üb. ausgew. Mater. d. Civilr., S. 179 fgg.) erklärt sich für diese Meinung, zu deren Bestärkung er S. 183 fgg. noch verschiedene Fälle anführt, wo es auf unbestimmte und nach richterlichem Ermessen zu beurtheilende Zeitfristen ankommt. Dagegen bleiben Mackeldey (Lehrb. d. heut. Rechts, §. 348.) und Mühlenbruch (doctr. Pand. Vol. II. §. 402.) bei der alten Lehre. [Diese ist auch nunmehr durchweg anerkannt; vgl. v. Vangerow Pand. I. p. 780. und die dort Citierten; ferner Elvers a. a. O. p. 738 ff. Muther a. a. O. §. 26—28.]

den ist. Uebrigens ist nun einmal der Sprachgebrauch so bestimmt, daß der Ausdruck Verjährung nur da gebraucht wird, wo von einer Feststellung des Rechts unter bestimmten Personen die Rede ist, während sich die Rechtsgewohnheit auf die Feststellung allgemeiner Rechtsgrundsätze bezieht. An und für sich ist nichts dagegen zu erinnern, wenn auch der Verjährungsbesitz *consuetudo*, und zwar, wenn insbesondere von einem langen Verjährungsbesitze die Rede ist, *longa consuetudo* genannt wird. Und so darf uns denn auch dieser Ausdruck in der l. 1. §. ult. D. de aq. pluv. arc. (s. §. 198. Nro. 2.) nicht eben befremden, oder uns veranlassen, an eine eigentliche Rechtsgewohnheit zu denken. Diese unterscheidet sich immer dadurch wesentlich von der Verjährung, daß sie, um ein Gewohnheitsrecht zu begründen, keines bestimmten Zeitablaufs bedarf, und daß überhaupt nicht eigentlich der Zeitablauf die rechtliche Wirkung hervorbringt, indem dieser nur insoferne in Betracht kommt, als er nöthig ist, damit die allgemeine Anerkennung des bei der Gewohnheit zum Grunde liegenden Rechtssatzes deutlich erkannt werden möge. Bei der Verjährung dagegen ist der Zeitablauf dasjenige, worauf es hauptsächlich ankommt. Ob daraus auf eine Uebereinkunft derjenigen, zwischen welchen die Verjährung wirksam werden soll, geschlossen werden kann, oder nicht, ist gleichgültig. Wer durch die Verjährung verliert, mag sich selbst den Verlust zuschreiben; er trägt ihn als eine Folge der hier in der Regel vorauszusetzenden Sorglosigkeit in Bewahrung seiner Rechte. Der Ausdruck „tempore quaeritur," welcher in der l. 2. C. de serv. (s. §. 198. Nro. 7.) vorkommt, weist daher recht eigentlich auf eine Verjährung hin. Doch vielleicht schon zu viel zur Widerlegung einer Ansicht, die eben so wenig Beifall gefunden hat, als die mit ihr verwandte von Zimmern (vgl. §. 199. a. E.). Nur du Roi, der übrigens als Vorgänger zu betrachten ist (vgl. spec. obs. de iure in re, Heidelb. 1812. p. 56—59.), hat neuerlich seine treue Anhänglichkeit an diese Meinung kund gegeben (Arch. f. civ. Prax. VI. 2. S. 287.). Du Roi sieht übrigens ein, daß die l. 2. C. cit. ihm entgegen steht; daher nimmt er an, daß bei der Verfertigung des Codex hier etwas geändert worden ist; eine Annahme, welche durchaus keine Wahrscheinlichkeit für sich hat.

§. 201.

Wichtig ist es, in Beziehung auf die so eben verhandelte Streitfrage die l. 2. C. cit. einer genaueren Untersuchung zu unterwerfen; doch so, daß wir die Schwierigkeit, die in den Worten „eo sciente" liegt, für's erste ganz bei Seite lassen, und uns auf die Schlußworte („servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti") beschränken. Wenn wir annehmen dürften, daß in dem Verweisen auf das „exemplum rerum immobilium" eine Andeutung liege, daß die Dienstbarkeitsrechte eben so binnen zehn oder zwanzig Jahren erworben werden, wie dieses bei der Erwerbung des Eigenthums an Grundstücken der Fall ist, so wäre diese Stelle bedeutend, um die richtige Ansicht von der Verjährung durch longum tempus als einer zehn- oder zwanzigjährigen Verjährung außer Zweifel zu setzen. Wie ist aber eine solche Annahme möglich, da es zur Zeit des Kaisers Antoninus (Caracalla) noch keine zehn- und zwanzigjährige Verjährung zur Erwerbung des Eigenthums gab!*) Auch dürfte hier eine Hinweisung auf die longi temporis praescriptio kaum beabsichtigt sein, denn ein eigentliches „tempore quaerere" kam bei der l. t. praescriptio gar nicht vor. Hätte man also nicht viel eher an die damals geltende zweijährige usucapio rerum immobilium denken müssen, wenn man einmal in den Worten „exemplo rerum immobilium" eine Hinweisung auf die erfoderliche Verjährungszeit finden wollte?[629a]) Die longi temporis praescriptio bezog sich ja nicht in der Art auf Grundstücke, daß bei diesen jede andere Verjährung durch sie ausgeschlossen gewesen wäre, ja sie war vielleicht schon damals auf bewegliche Sachen ausgedehnt[630]). Eines bleibt übrig,

---

*) Aber auch die Servitutenersitzung gewährt bloß utiles actiones (s. oben p. 141. 142.) und von einem tempore quaerere ist viel eher bei der longi temporis praescriptio als bei der Usucapion zu sprechen vgl. Schirmer Usuc. p. 53.

629a) Dieß dürfte Hasse a. a. O. p. 401—403. nicht genug berücksichtigt haben. [Das vom Verf. angeregte Bedenken erledigt sich sehr einfach durch die Annahme, daß der Kaiser, etwa weil der Adressat des Rescriptes in einer Provinz wohnte, nur an Provinzialgrundstücke dachte s. v. Savigny Syst. §. 197. Not. d.]

630) Wahrscheinlich ist es allerdings nicht. Die l. 2. C. de serv. et aq. ist aus dem ersten Jahre der Alleinherrschaft des Kaisers Antoninus

ein sogenanntes Einschiebsel Tribonian's anzunehmen. Ist dieses aber wahrscheinlich bei einer Stelle, die keine dringende Veranlassung zu einer Aenderung darbot? Und wenn man einmal einschob, mußte man nicht der Deutlichkeit wegen lieber auch noch die Worte „decem vel viginti annis“ anstatt „tempore“ setzen?

In der That läßt sich auch sonst die Stelle genügend erklären. Nehmen wir an, der Anfragende (er hieß zufällig ebenfalls Martialis) habe dem Kaiser vorgestellt, wie er nun schon seit sehr langer Zeit eine Wasserleitung ausgeübt habe, die ihm nun streitig gemacht werde. Als die Ausübung begonnen habe, sei ein gewisser Martialis Besitzer des dienenden Grundstücks gewesen, und dieser habe die Ausübung gewußt und zugegeben, der jetzige Besitzer aber meine, Grundstücke könne man wohl besitzen und durch Verjährung erwerben, nicht aber Dienstbarkeitsrechte. Der Kaiser antwortet bloß in Beziehung auf den bestrittenen Punkt: So wie man bei Grundstücken besitzen könne, so sei auch bei Dienstbarkeiten ein Besitz (namentlich zum Behuf der Verjährung) möglich, es komme nur darauf an, daß ein Dienstbarkeitsbesitz begründet sei, und das sei ja in dem vorgelegten Falle, wo die Ausübung mit Wissen des Besitzers erfolgt war, nicht zu bezweifeln. Dieser Erklärung zufolge wäre also in der Stelle gar nicht von der Dauer der Verjährungszeit, sondern überhaupt nur von der Möglichkeit einer erwerbenden Verjährung die Rede*).

§. 202.

Während es einerseits nicht an Meinungen fehlt, welche der Dienstbarkeitsersitzung alle Verwandtschaft mit der longi temporis praescriptio und der bei unbeweglichen Gegenständen Statt findenden Eigenthumsersitzung absprechen, und sie wohl gar nicht einmal als eine eigentliche Verjährung gelten lassen

Caracalla, und aus l. 9. D. de div. temp. praescr. 44. 3. wissen wir, daß erst unter ihm die Ausdehnung der longi temporis praescriptio auf bewegliche Sachen sich gebildet hat.

*) Dem widerspricht das „ante id spatium,“ woraus unwiderleglich hervorgeht, daß mit den Worten „exemplo rerum immobilium“ gerade auf die Gleichheit der Ersitzungszeit hingewiesen werden soll. s. v. Vangerow a. a. O. p. 869.

wollen, finden wir anderseits, daß z. B. Höpfner (Comm. §. 352.) die Dienstbarkeitsersitzung des Justinianischen Rechts ganz und gar wie die auf longum tempus beruhende Eigenthumsersitzung angesehen wissen will, und alle früheren Eigenthümlichkeiten als aufgehoben betrachtet, obgleich die dahin gehörigen Stellen noch in den Digesten stehen. Natürlich wird bei dieser Ansicht auf die l. 10. §. 1. D. de usurp. 41. 3. so gut als gar keine Rücksicht genommen. Dagegen wird ein vorzügliches Gewicht gelegt auf eine Verordnung Justinian's (l. ult. C. de l. t. pr. 7. 33.). In dieser wird zuerst bestimmt, wie der Unterschied zwischen Anwesenheit und Abwesenheit, worauf es bei der longi temporis praescriptio so sehr ankommt, bestimmt werden müsse. Dann heißt es am Schlusse:

„Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti ususfructus et ceterae servitutes."

Diese Worte werden gewöhnlich so gedeutet, als sei hier eine Anwendung der zehn- und zwanzigjährigen Verjährung auf die Erwerbung der Dienstbarkeitsrechte außer Zweifel gesetzt. Allein Zimmern (rechtl. Untersuch. S. 113.) bemerkt mit Recht, daß die angeführten Worte füglich von der Aufhebung der Dienstbarkeitsrechte durch zehn- und zwanzigjährigen Nichtgebrauch verstanden werden können, wo die Zulässigkeit der longi temporis praescriptio außer Zweifel war*). Wenn wir also nicht außerdem wüßten, daß es wirklich eine erwerbende Verjährung von zehn oder zwanzig Jahren bei den Dienstbarkeiten gegeben habe, so würde diese Stelle nicht darüber entscheiden können. Sonst ist freilich nicht zu läugnen, daß, wenn wir nur anderweitig die Zulässigkeit einer zehn- und zwanzigjährigen Verjährung zur Erwerbung der Dienstbarkeitsrechte nachgewiesen haben, alsdann auch bei ihr die in der l. ult. cit. von Justinian aufgestellten Grundsätze für die Beurtheilung

*) Mit Recht erklärt sich gegen den Verf. Schilling Bemerk. p. 402. Not. 1121. Die ganze Stelle handelt von der longi temporis praescr., nicht von dem davon durchaus verschiedenen Untergang der Rechte durch non usus (vgl. oben Not. *) nach Anm. 577.). Als Object dieser Ersitzung denkt der Kaiser zunächst an Grundstücke, und dehnt den Inhalt seiner Verordnung am Schlusse auch auf die Inhabung unkörperlicher Rechte aus. In der That hat die Erklärung Zimmern's nirgends sonst Eingang gefunden. s. indessen Luden a. a. O. p. 209.

der Anwesenheit und Abwesenheit zur Anwendung kommen müssen.

§. 203.

Da die Verjährung durch longum tempus, welche wir in den vorhergehenden §§. kennen gelernt haben, als eine erwerbende Verjährung, und nicht als eine longi temporis praescriptio betrachtet werden muß, so kann nun noch die Frage aufgeworfen werden, ob nicht die reine longi temporis praescriptio in der Lehre von dem Dienstbarkeitsrechte Anwendung finden könne*). Wenn man annehmen könnte, daß die longi temporis praescriptio ein allgemeines Mittel sei, um sich gegen dingliche Ansprüche aller Art zu schützen, so würde nach einer ganz einfachen Folgerung ein dem (uneigentlichen) Besitzer eines Dienstbarkeitrechts beizulegendes Schutzrecht gegen die negatoria actio des Eigenthümers kein Bedenken haben. Wie dürfte aber ein zu Gunsten des eigentlichen Besitzers eingeführtes Recht so geradezu bei dem uneigentlichen Besitze (quasi possessio) angewendet werden? Wir werden also fragen müssen, ob etwa die Zulässigkeit der longi temporis praescriptio zu Gunsten des Dienstbarkeitsbesitzers durch besondere Stellen gerechtfertigt ist. Solche Stellen finden sich nirgends. Dieses Stillschweigen muß uns um so mehr bewegen, die Anwendbarkeit der reinen longi temporis praescriptio in der Dienstbarkeitslehre zu läugnen, je weniger es wahrscheinlich ist, daß man eine eigenthümliche Art von erwerbender Verjährung durch longum tempus bei den Dienstbarkeitsrechten einzuführen für nöthig erachtet haben würde, wenn ohnehin schon durch die longi temporis praescriptio ziemlich genügend gesorgt gewesen wäre. Zwar soll im §. 207. gezeigt werden, daß es nicht außer Zweifel ist, ob die eigenthümliche Art von erwerbender Verjährung, welche bei den Dienstbarkeiten nach dem Ablaufe von longum tempus wirksam wird, auch bei den persönlichen Dienstbarkeiten (namentlich beim Nießbrauchsrechte) eintritt. Dieses kann zu der Ansicht führen, daß die longi temporis praescriptio wenigstens bei dem Nießbrauchsbesitze zulässig sein könnte. Aber auch in dieser

*) Diese Frage muß bei der vom Herausgeber vertheidigten Ansicht über die Natur der longi temporis praescriptio selbstverständlich wegfallen.

Beschränkung bliebe die Anwendung der longi temporis praescriptio auf die Dienstbarkeitsverhältnisse höchst unsicher, weil in den Quellen sich keine Spur derselben auffinden läßt. Auf jeden Fall möchte es ungleich weniger bedenklich sein, die als erwerbende Ersitzung vorkommende eigenthümliche Verjährungsweise auch auf die persönlichen Dienstbarkeitsrechte zu beziehen, als wenn man der longi temporis praescriptio eine so zweifelhafte Erweiterung geben wollte. Am Ende ist freilich keines von beiden nothwendig, und so bleibt die Möglichkeit, keinerlei Verjährung von longum tempus bei den persönlichen Dienstbarkeitsrechten zuzulassen[631]).

C.

Dreißig- und mehrjährige Verjährung.

§. 204.

Die Anwendbarkeit einer dreißig- und mehrjährigen Verjährung in der Lehre von den Dienstbarkeiten möchte nicht wohl abzuläugnen sein. In der Verordnung des jüngeren Theodosius (vgl. Th. I. §. 18.) ist ganz allgemein bestimmt, daß Ansprüche aller Art in der Regel nach dreißig Jahren nicht Statt finden sollen; warum sollte dieses nicht auch in Beziehung auf die negatoria actio gelten? Dann aber folgt, daß unter den Voraussetzungen, welche überhaupt für die Verjährung der Ansprüche gelten, auch der Dienstbarkeitsbesitzer nach dreißig Jahren in seinem Besitze befestigt wird*). Wo beson-

631) In meiner frühern Schrift über die Verj. d. fortges. Bes. S. 284 fgg. hatte ich den Grundsatz aufgestellt, daß in allen Fällen, wo der Besitz (die Redlichkeit desselben vorausgesetzt) auf einen Schutz durch die Publiciana in rem actio Anspruch hat, auch eine Anwendbarkeit der longi temporis praescriptio angenommen werden müsse. Auf diese Weise wäre denn auch gegen die Anwendung der longi temporis praescriptio zum Schutze des Dienstbarkeitsbesitzes nichts zu erinnern. Allein mit Recht entgegnet Zimmern (S. 127.), daß die Richtigkeit des Schlusses von der Publiciana in rem actio auf die longi temporis praescriptio nicht erweislich ist. Uebrigens sagt z. B. auch Malblanc (princ. iur. Rom. T. II. §. 421.) ganz bestimmt „Neque etiam praescriptio, ad supplendam usucapionem ad res corporales tantum applicata, locum habere potuit in servitutibus.“

*) Vgl. Duncker D. Lehre v. d. Reallasten Marb. 1837. p. 145. Wider die abweichende Ausführung bei Bessel a. a. O. p. 424. s. Muther a. a. O. p. 14 f.

dere gesetzliche Gründe die dreißigjährige Verjährung ausschließen, da wird eine vierzigjährige, und wo von dem rechtlichen Vortheile der Römischen Kirche die Rede ist, sogar eine hundertjährige Verjährung an die Stelle der dreißigjährigen treten müssen. Diese außerordentlichen Verjährungen werden insbesondere wichtig, wenn der mit einer Dienstbarkeit zu belastende Gegenstand ein solcher ist, bei welchem die (gewöhnliche) zehn- und zwanzigjährige Verjährung nicht eintreten kann*).

Ihrer ursprünglichen Natur nach liegt in der dreißigjährigen Verjährung (und was von ihr gilt, das muß auch von den verlängerten Verjährungsarten gelten, die manchmal ihre Stelle einnehmen) nicht die Wirkung einer Erwerbung; der Besitzer braucht dann aber auch kein redlicher Besitzer zu sein. Die l. 8. C. de pr. XXX vel XL ann. (vgl. §. 177.), welche in Folge der praescriptio XXX vel XL annorum unter Voraussetzung der Redlichkeit des Besitzes eine dingliche Klage eintreten läßt, mag aber füglich auch auf die Anwendung dieser Verjährung im Dienstbarkeitsrechte bezogen werden[632]). Wir betrachten demnach auch diese dreißig- und mehrjährige Verjährung als eine erwerbende. Außerdem müßte sie freilich noch insbesondere als eine bloß schützende Verjährung betrachtet werden, wenn wir lediglich das Römische Recht berücksichtigen

*) Dieß ist in der That die gemeine Meinung. vgl. Thibaut Bes. u. Verj. §. 36. p. 112. v. Wening-Ingenheim Civ.-R. I. p. 379. Not. y. Elvers a. a. O. p. 749. Brinz Pand. I. p. 277., woselbst weitere Citate gegeben sind. A. M. Puchta Pand. §. 188. Not. m. Vorl. §. 188 a. E. Allein die Usucapionsunfähigkeit jener Sachen beruht auf Gründen, welche nicht bloß für den Eigenthumserwerb wirksam werden, sondern deren gesammte verkehrsrechtliche Beziehungen ergreifen, (vgl. Schirmer Usuc. §. 4.) und so ist schon in der classischen Zeit in einzelnen Fällen ausdrücklich für die Unstatthaftigkeit der Servitutenersitzung entschieden (s. L. 5. D. de fund. dot. 23. 5.); doch darf sie nicht, wie Elvers dieß zu thun scheint, auf die Alienationsverbote eingeschränkt werden. Dasselbe ist gegen Hoffmann zu erinnern, wenn er (Serv. II. p. 172.) eine Ersitzung von Prädialservituten an res vi possessae zuläßt. vgl. auch Muther a. a. O. §. 12. bes. wider die abweichende Ansicht von Bessel a. a. O. p. 423. Seuffert Arch. V. 144.

632) Ganz außer Zweifel ist diese Ansicht nicht. [vgl. Fritz a. a. O. p. 382 f. Bessel a. a. O. p. 423 ff. Hoffmann a. a. O. p. 173 ff. v. Vangerow Pand. I. p. 873 f.] Höpfner (Comm. §. 352.) und Cocceji (ius civ. controv. lib. VII. tit. 1. quaest. 3.) erklären sich inzwischen ganz entschieden für sie. [Neuerdings namentlich Elvers a. a. O. p. 749. Brinz a. a. O. p. 277.]

wollten; daß diese begründet wird, ohne daß die Redlichkeit des Besitzers in Betrachtung kommt, giebt ihr eine bedeutende Wichtigkeit. Da aber das kirchliche Recht keine mit dem Besitze zusammenhängende Verjährung rechtlich wirksam werden läßt, wenn es an der Redlichkeit fehlt, so kann, wenn von dem bei uns geltenden Römischen Rechte die Rede ist, diese bloß schützende Verjährung ganz bei Seite gesetzt werden.

D.

Unvordenkliche Verjährung.

§. 205.

Einige Stellen des Römischen Rechts, welche von Unvordenklichkeit sprechen, und auf Dienstbarkeiten bezogen werden zu müssen schienen, haben Veranlassung gegeben, in die Lehre von der Begründung der Dienstbarkeitsrechte durch Verjährung auch eine unvordenkliche Verjährung aufzunehmen, deren Verhältniß zu den übrigen Arten freilich auf sehr verschiedene Weise festgestellt wurde (Th. 1. §. 141.). Ich glaube gezeigt zu haben, daß jene Stellen keinesweges mit dem Dienstbarkeitsrechte in Beziehung stehen (Th. 1. §. 142.), und nehme daher keinen Anstand, die unvordenkliche Verjährung aus der Reihe der im Dienstbarkeitsrechte anwendbaren Verjährungen wegzustreichen*). — Einige nehmen freilich an, daß die unvordenkliche Verjährung nothwendig sei, wenn es an einem wirksamen Rechtsgrunde (iustus titulus) fehlt. Allein es soll im §. 211. gezeigt werden, daß weder die dreißigjährige, noch auch selbst die zehn- und zwanzigjährige Dienstbarkeitsersitzung einer auf einem wirksamen Rechtsgrunde beruhenden Besitzerwerbung bedürfen.

E.

Ergebniß.

§. 206.

Was wir aus den uns aufbehaltenen, ausdrücklich von einer Dienstbarkeitsersitzung sprechenden Stellen bisher haben

*) A. M. Luden a. a. O. §. 64. Hoffmann a. a. O. II. p. 175. 176. zum Theil auch Schmidt Abh. p. 189. (vgl. Bd. I. §. 140 ff.) und Elvers p. 749. 750. Wenigstens nach heutigem Recht erklärt die unvordenkliche Verjährung für zulässig Heimbach a. a. O. p. 308. 309.

ableiten können, hat uns belehrt, daß für die Dienstbarkeitslehre eine erwerbende Ersitzung von zehn oder zwanzig Jahren als Regel angenommen werden muß. Außerdem gilt noch eine dreißig- und mehrjährige Verjährung, welche bei denjenigen Gegenständen, die der zehn- und zwanzigjährigen Verjährung entzogen sind, als Hülfsverjährung eintritt. Es ist demnach klar, daß die Dienstbarkeitsverjährung kein vollkommen entsprechendes Seitenstück zu der Eigenthumsersitzung bildet. Die Verschiedenheit tritt noch mehr hervor, wenn man die Erfodernisse der zehn- und zwanzigjährigen Dienstbarkeitsersitzung berücksichtigt. So wie diese aus den im §. 198. zusammengestellten quellenmäßigen Nachrichten entwickelt werden müssen (s. §. 209. u. fgg.), stimmen sie keineswegs mit denjenigen überein, welche bei der zehn- und zwanzigjährigen Eigenthumsersitzung als nothwendig aufgestellt worden sind. Nimmt man dazu noch den Umstand, daß bei der Eigenthumsverjährung geradezu (ipso iure) ein Eigenthum entsteht, während bei der Dienstbarkeitsersitzung nur vermittelst des prätorischen Schutzes eine Dienstbarkeit begründet wird (ein Unterschied*), der freilich im Justinianischen Rechte für die Anwendung ohne Bedeutung ist), so ist klar genug, wie in mehr als einer Rücksicht die Ersitzung der Dienstbarkeiten, so wie wir sie bisher kennen gelernt haben, von der Eigenthumsersitzung sich unterscheidet, daher sie auch von Vielen eine außerordentliche oder unregelmäßige (anomale) genannt wird; ein Ausdruck, der nur das gegen sich hat, daß man dadurch zu der Meinung verleitet werden könnte, als habe die Eigenthumsersitzung einen Anspruch, als Regel und Vorbild betrachtet zu werden. ⊕Diese Meinung ist aber trotz einer gewissen Natürlichkeit von dem Vorwurfe der Willkür nicht frei.⊕ Sie ist denn wohl auch der Grund, warum Einige, (z. B. Höpfner, Comm. §. 352.) annehmen zu dürfen glaubten, daß die zehn- und zwanzigjährige Ersitzung der Dienstbarkeiten im Justinianischen Rechte ihre eigenthümliche Beschaffenheit verloren habe und nach den Grundsätzen beurtheilt werden müsse, welche für die zehn- und zwanzigjährige Eigenthumsersitzung gelten. Andere fanden dieses zwar unzulässig, aber sie trugen kein Bedenken, neben den bei-

---

*) S. jedoch p. 150. Not. *).

den auf ausdrücklichen Nachrichten und besonderen Bestimmungen beruhenden eigenthümlichen Ersitzungsarten noch eine andere Ersitzungslehre zu erschaffen, welche der Eigenthumsersitzung nachgebildet ist.

Wenn diese Lehre vollständig durchgeführt wird, so kommt man auf folgende Sätze: 1) Es giebt eine dreijährige Ersitzung (natürlich nur auf den Grund eines völlig redlichen Besitzes), durch welche persönliche Dienstbarkeitsrechte an beweglichen Gegenständen erworben werden können. (Dingliche Dienstbarkeitsrechte kommen nämlich bei beweglichen Gegenständen gar nicht vor). 2) Auch eine zehn- und zwanzigjährige Ersitzung findet ganz mit ähnlichen Wirkungen und Erfodernissen, wie beim Eigenthume, in den Fällen Statt, wo eine dingliche Dienstbarkeit, oder eine persönliche Dienstbarkeit, deren Gegenstand eine unbewegliche Sache ist, entstehen soll. 3) Endlich kann eine dreißig- (oder nach Umständen vierzig-) jährige Ersitzung der Dienstbarkeitsrechte eintreten, wenn entweder kein vollständig redlicher Besitz vorhanden ist, oder wenn in Ansehung des Gegenstandes ein Hinderniß vorkommt, welches die zehn- und zwanzigjährige Ersitzung ausschließt, vorausgesetzt, daß eine praescriptio triginta vel quadraginta annorum begründet und der Besitz wenigstens insoweit redlich ist, als die Redlichkeit des Besitzes zur Eigenthumserwerbung durch dreißig- oder vierzigjährigen Besitz erfodert wird.

Gegen dieses Lehrgebäude*) einer nach der Eigenthumsersitzung gebildeten Verjährung läßt sich nun aber freilich Vieles einwenden, zumal wenn etwa gar davon die Rede ist, daß neben dieser der Eigenthumsersitzung nachgebildeten Verjährungslehre auch noch die eigenthümliche (s. g. anomale) Verjährung der Dienstbarkeitsrechte Gültigkeit haben soll. Denn mit Recht kann man alsdann fragen, welches Bedürfniß eine so seltsame Verwickelung des Verjährungsrechts habe veranlassen können[633]). Gehen wir bei der Prüfung dieser Ansicht

---

*) Vgl. oben p. 143. Not. **).

633) Diejenigen, welche annehmen, daß die eigenthümliche Dienstbarkeitsverjährung auf dingliche Dienstbarkeitsrechte beschränkt sei (vgl. §. 207.), würden hier allenfalls eine Antwort geben können. Es sei Bedürfniß gewesen, auch für die persönlichen Dienstbarkeitsrechte durch Nachbildung des beim Eigenthume geltenden Rechts ebenfalls eine Ersitzung zu erschaffen. Muß

mehr ins Einzelne, so finden wir, daß die Annahme einer dreijährigen Dienstbarkeitsersitzung (die auch am wenigsten Vertheidiger hat) schlechterdings aller besonderen Rechtfertigung entbehrt, das bei dem Eigenthume geltende Recht auf die Dienstbarkeiten zu übertragen. Wir haben dazu um so weniger ein Recht, als wir wissen, daß wenigstens seit dem Scribonischen Gesetze ganz entschieden eine Verschiedenheit Statt gefunden hat. Die l. un. C. de usuc. transf. enthält nicht die geringste Andeutung, als sei es Absicht gewesen, das neue Recht als ein allgemein gültiges, auch auf den Besitz unkörperlicher Gegenstände anwendbares, hinzustellen. Wie hätte man auch, wenn dieß der Fall war, dazu kommen sollen, in die Digesten Stellen aufzunehmen, welche die Zulässigkeit der usucapio für die Ersitzung der Dienstbarkeitsrechte läugnen (vgl. Glück Erl. d Pand. Th. 9. S. 129.)? Zum Theil mit denselben Gründen kann man die Behauptung widerlegen, daß es eine zehn- und zwanzigjährige Dienstbarkeitsersitzung gebe, welche auf denselben Erfodernissen beruhe, wie die Eigenthumsersitzung, und daher von der eigenthümlich ausgebildeten Dienstbarkeitsersitzung des §. 198. verschieden sein soll. Denn wie läßt es sich mit dieser Behauptung vereinigen, daß in der l. 10. §. 1. D. de usurp. 41. 3. die Möglichkeit einer longo tempore capio bei den Dienstbarkeitsrechten geläugnet wird? Ich weiß recht wohl, daß diese Stelle ursprünglich sich auf die usucapio bezog, aber so, wie sie im Justinianischen Rechte dasteht, spricht sie von der longo tempore capio. Wenn wir uns nun an den einfachen Wortsinn halten, so dient diese Stelle als ein Beweis, daß diejenige Art von langedauernder Ersitzung, die bei dem Eigenthume vorkommt, und die mit dem Namen longa possessione capio (longo tempore capio) bezeichnet zu werden pflegt, bei den Dienstbarkeiten unanwendbar ist. Warum wollten wir dieses nicht thun, da wir auf diese Weise einer Streitfrage ein Ende machen können, welche die Rechtsgelehrten der neueren Zeit so lange beschäftigt hat? warum eine künstliche Erklärung suchen?

---

es denn aber für alle rechtlichen Verhältnisse eine Ersitzung geben? Niemand wird dieß behaupten wollen, und so würde also eine sogenannte regelmäßige Ersitzung für die persönlichen Dienstbarkeitsrechte immer noch nicht gerechtfertigt sein, wenn man auch zugeben müßte, daß die sogenannte unregelmäßige Ersitzung bei ihnen unanwendbar sei.

Mag es immerhin wahrscheinlich sein, daß man sich gar nichts Bestimmtes dabei dachte, als man bei der Abfassung der Digesten der Stelle die Gestalt gab, in der wir sie finden. Genug, daß der Sinn, den wir ihr hier unterlegen, den Worten gemäß ist, daß er keine ausdrückliche Stelle gegen sich hat, daß er der ganzen Verjährungslehre ohne Widerstreben sich anschließt, und endlich, daß alle anderen Erklärungen, die von unserer Stelle gegeben werden können, keinen strengen Beweis, sondern nur Vermuthungen für sich haben. Ziemlich schwach erscheint der Gegengrund, den man aus der l. ult. C. de pr. l. t. herzunehmen pflegt, um eine Anwendung der zehn- und zwanzigjährigen Eigenthumsverjährung auf die erwerbende Verjährung der Dienstbarkeitsrechte darzuthun, denn es ist schon im §. 202. gezeigt worden, daß in dieser Stelle überhaupt keine sichere Beziehung auf eine erwerbende Verjährung der Dienstbarkeitsrechte liegt.

II.

Zusammenstellung der für die erwerbende Ersitzung der Dienstbarkeiten geltenden Rechtsgrundsätze.

A.

Wirksamkeit der Verjährung.

§. 207.

Aus den bisherigen Untersuchungen ist klar, daß die erwerbende Verjährung der Dienstbarkeiten (sowohl die zehn- und zwanzigjährige, als auch die dreißig- und mehrjährige) nicht bloß bei denjenigen Dienstbarkeitsrechten Statt findet, welche einen ununterbrochenen Besitz zulassen, sondern auch bei denjenigen, welche nur einen unterbrochenen Besitz gestatten. Ist es ja doch gerade das Wasserleitungsrecht, bei welchem insbesondere die erwerbende Verjährung erwähnt ist, und dieses wird ja in der Regel zu den servitutes praediorum rusticorum gezählt, bei denen ein ununterbrochener Besitz nicht angenommen werden kann*). Zweifelhaft ist es, ob die zehn- und zwan-

*) Vgl. Bd. I. p. 508. Thibaut Pand. §. 315. Not. e. Hoffmann Serv. II. p. 167 f. Heimbach a. a. O. p. 307. Muther a. a. O. §. 3—7.

zigjährige Verjährung bei allen*) Dienstbarkeitsrechten, also auch bei den persönlichen, und namentlich beim Nießbrauchsrechte statthaft ist, oder ob ihre Anwendbarkeit auf die dinglichen Dienstbarkeitsrechte beschränkt werden muß, wie von Cropp (Heidelb. Jahrb. 1817. Nro. 36. S. 375.), und Zimmern (rechtl. Unters. S. 111. 115. 126.) behauptet wird; oder ob sie vielleicht gar nur für einige wenige dingliche Dienstbarkeiten, wie für die Bewässerungsrechte, und etwa für das Recht des Wasserablaufs sich vertheidigen läßt, wie der Glossator Martinus Gosia behauptet hatte (s. Haenel Diss. dom. vet. coll. §. 84. Roger. §. 87. Hugol. §. 179. 393.). Die zuerst erwähnte Lehre kann füglich als die gewöhnlich angenommene gelten. Dürften wir annehmen, daß die Schlußworte der l. 12. C. de pr. l. t. (s. §. 202.) auf die erwerbende Verjährung der Dienstbarkeitsrechte zu beziehen seien, so wäre die Streitfrage ohne weiteres zu ihren Gunsten entschieden; dort wird nämlich des Nießbrauchsrechtes ganz ausdrücklich erwähnt**). Da aber diese Beziehung zweifelhaft ist, und bei einem auf Lebenszeit beschränkten Rechte, wie der Nießbrauch ist, ein Schutz des Besitzes durch zehn- oder zwanzigjährige Verjährung entbehrlich zu sein scheint, so beruht die gewöhnliche Meinung eigentlich nur auf dem sehr schwachen Grunde, daß die l. 1. §. ult. D. de aq. pluv. arc. (s. §. 198. Nro. 2., verbis: Sane enim in ser-

---

*) Die Möglichkeit einer Ersitzung an Prohibitivservituten läugnet Bessel a. a. O. §. 24. p. 410—413., weil die „Ausübung" derselben „nicht auf einem Handeln des Berechtigten, sondern bloß auf einer Unterlassung des Verpflichteten beruht," welche „als Wirkung der Servitut äußerlich nicht erkennbar" sei. Das Letztere ist unrichtig, wie die Annahme eines Besitzes an negativen Dienstbarkeiten zeigt; und daß auch in jenem Unterlassen ein uti liege, räumt eigentlich Bessel selbst ein. So nennt denn auch L. 12. i. f. C. de l. t. pr. 7. 33. ohne weitere Unterscheidung die ceterae servitutes. vgl. Arndts Pand. I. §. 189. Anm. 2. Brinz Pand. I. p. 276.

**) Daß diese Stelle wirklich bloß von der Servitutenersitzung spricht, darüber s. §. 202. Not. *). Zweifelhafter mag es erscheinen, ob auch die Personalservituten vordem auf diese Weise erworben werden konnten. s. v. Vangerow Pand. I. p. 873. Nro. 4. Brinz Pand. I. p. 274. Jedenfalls hat Justinian nicht erst in L. 12. C. laud. diese Neuerung getroffen, wie dieß die bloß beiläufige Erwähnung des Ususfructus neben den übrigen Servituten zeigt. vgl. Hoffmann a. a. O. §. 99. Zu großes Gewicht legt Muther a. a. O. §. 9. auf das Vorkommen der Publiciana wegen eines formlos constituierten Nießbrauchs L. 11. §. 1. D. de Publ. 6. 2.

vitutibus u. s. w.), indem sie der longa consuetudo erwähnt, ganz allgemein von Dienstbarkeitsrechten spricht. Ich nenne diesen Grund schwach, weil es bekannt ist, daß der Ausdruck servitus auf die dinglichen Dienstbarkeitsrechte vorzugsweise geht (vgl. Glück Erläut. d. Pand. Th. 9. S. 16. Anm. 42.). Wie viel Gewicht man nun aber auch diesem Zweifelsgrunde beilegen möge, so ist es doch räthlicher, daß man sich in einer Sache, welche nie zur unbestreitbaren Gewißheit wird erhoben werden können, an die gewöhnliche Meinung halte, und folglich annehme, daß auch die persönlichen Dienstbarkeitsrechte durch Verjährung begründet werden können. Die Meinung des Martinus Gosia stützt sich natürlich auf die Bemerkung, daß alle von der erwerbenden Verjährung der Dienstbarkeitsrechte sprechenden Stellen (vgl. §. 198.), wenn sie nicht etwa in unbestimmter Allgemeinheit sprechen, bloß auf das Recht der Bewässerung und des Wasserabflusses gehen. Inzwischen dürfte dieser Grund nicht genügend erscheinen. Martinus Gosia läugnet auch bei den übrigen Dienstbarkeitsrechten, z. B. bei der servitus tigni immittendi, die erwerbende Verjährung keinesweges ganz und gar, aber er will die unvordenkliche Verjährung dabei angewendet wissen, von welcher schon gezeigt worden ist, daß sie aus der Dienstbarkeitslehre verbannt werden muß (vgl. Th. 1. §. 142.).

§. 208.

Die Frage, wer durch Verjährung Dienstbarkeitsrechte erwerben könne, ist mit Rücksicht auf die im Th. 1. §. 29—31. aufgestellten allgemeinen Grundsätze zu beantworten. Die andere Frage, gegen wen die Verjährung zulässig sei, verschmilzt hier, so wie bei der Eigenthumsersitzung (vgl. Th. 1. §. 81.), mit der Untersuchung über die Gegenstände der Verjährung, die aber hier kurz abgethan werden kann, indem man sich begnügt, den Grundsatz aufzustellen, daß bei allen denjenigen Gegenständen, welche der ordentlichen Eigenthumsersitzung entzogen sind, auch die zehn- und zwanzigjährige Dienstbarkeitsersitzung nicht zur Anwendung kommen kann. In Beziehung auf Lehngüter finden wir diesen Grundsatz ausdrücklich angewendet, denn II. F. 8. pr. wird gesagt, daß die widerrechtliche Bestellung eines Dienstbarkeitsrechts durch den Lehnsmann nicht

einmal durch Verjährung Kraft erhalten könne *). Aber jener Grundsatz läßt sich auch in seiner Allgemeinheit um so leichter vertheidigen, als selbst eine Aufhebung der Dienstbarkeitsrechte durch Verjährung denjenigen, die gegen die Eigenthumsverjährung gesichert sind, nicht zu schaden vermag (vgl. §. 229.). Da die Begründung der Dienstbarkeitsrechte durch Verjährung ungleich weniger Begünstigung verdient, so erscheint der Schluß um so sicherer, daß unter Umständen, welche die Eigenthumsverjährung ausschließen würden, auch eine Ersitzung der Dienstbarkeitsrechte unzulässig sei. Ohnehin liegt es in der Natur der Sache, daß man die gesetzlichen Verbote der usucapio auf die erwerbende Verjährung der Dienstbarkeitsrechte übertrug, nachdem man sie auf die longi temporis praescriptio übertragen hatte (vgl. Th. 1. §. 48.).

Die dreißig- und mehrjährige Verjährung richtet sich in Ansehung der Gegenstände gleichfalls nach dem Rechte der Eigenthumsersitzung, das hier selbst wieder bloß den allgemeinen Grundsätzen folgt **). So z. B. wird zum Nachtheile der im Eigenthume des Staats und des Landesherrn befindlichen Besitzungen nur durch vierzigjährige Verjährung eine Dienstbarkeit begründet werden können [634]). Dasselbe muß in Beziehung auf die Besitzungen der Kirchen und milden Stiftungen ***) gelten, insoferne nicht das Vorzugsrecht der Römischen Kirche (vgl. Th. 1. §. 42.) eine hundertjährige erfodert. Da jedoch

---

*) Vgl. Seuffert Arch. I. 322.

**) Vgl. Not. *) vor Anm. 632. Heimbach a. a. O. p. 307. 308. Seuffert Arch. V. 144.

634) Für diesen Satz läßt sich insbesondere die l. 5. C. de fund. rei priv. 11. 65. anführen „Usus aquae, quae fundorum nostrorum utilitatibus serviebat, plurimorum dicitur usurpatione sublatus, idque procuratorum conniventia vel dissimulatione perfectum, ut agrorum fertilitas destituta nullos fructus cultoribus praestet. Quia igitur satis iniustum est, statum florentis ante patrimonii aridae sitis molestia fatigari, ad meatus pristinos universum aquae motum temporis praescriptione summota praecipimus revocari." Durch diese Verordnung von Gratian und Valentinian scheint sogar alle Verjährung ausgeschlossen; aber mit Rücksicht auf die Verordnung des spätern Anastasius (l. 4. C. de pr. XXX vel XL ann. 7. 39. vgl. Th. 1. §. 19.) ist offenbar die vierzigjährige Verjährung anzunehmen. — Ueber die l. 4. C. de aquaed. 11. 42., die man vielleicht als einen Zweifelsgrund betrachten möchte, sehe man §. 301.

***) Nicht für Universitäten Seuffert Arch. VI. 134.

das bewegliche Besitzthum der Kirche der usucapio nicht entzogen ist (vgl. Thl. 1. §. 41.), so ist nicht abzusehen, warum nicht ein Nießbrauchsrecht daran durch zehn- und zwanzigjährigen Besitz entstehen soll, wenn man überhaupt eine erwerbende Verjährung bei persönlichen Dienstbarkeiten zuläßt.

B.

Erfodernisse.

1. Dienstbarkeitsbesitz.

§. 209.

Wesentliches Erfoderniß zur Begründung einer Dienstbarkeit durch Verjährung ist, daß eine Art von Besitz vorhanden sei*). Dabei ist natürlich nicht an einen eigentlichen Besitz (Besitz der Sache als solcher), sondern lediglich an einen uneigentlichen Besitz (quasi possessio) zu denken, den man einen Dienstbarkeitsbesitz nennen kann. Dazu gehört

I. ein auf die Ausübung eines Dienstbarkeitsrechts**) gerichteter rechtlicher Wille (animus possidendi). Wer also nicht eigener Rechtsausübung wegen (qui suo iure uti se credidit), sondern aus Noth, oder indem er auf des Nachbars Güte rechnet, oder in der falschen Voraussetzung, es sei hier ein öffentlicher Pfad, seinen Weg über des Nachbars Grund und Boden nimmt, wird nicht als Besitzer angesehen (l. 1. §. 6., l. 7. D. de itin. 43. 19. vgl. mit L. 41. D. de poss.); eben so wenig derjenige, der bloß von einem fremden Dienstbarkeitsrechte Gebrauch zu machen gedenkt (l. ult. D. quemadm. serv. am. 8. 6.) 634a).

II. Die Thatsache des Besitzes (factum)***) muß von der

*) Aber der Besitz allein genügt noch nicht, es muß ein fortgesetzter Gebrauch hinzukommen, (vgl. Böcking Pand. §. 126. Not. 27.) bei dem man aber umgekehrt auch nicht unter allen Umständen an den Erfordernissen der Römischen Servituteninterdicte wird festhalten können, wie dieß die Praxis in der That anerkennt s. Muther a. a. O. §. 37.

**) Die Benutzung der dienenden Sache als Eigenthum genügt hier nicht Seuffert Arch. VIII. 220. 236. abweichend ebd. VII. 154. VIII. 292.

634a) Vgl. Albert Ueb. d. Bes. unkörp. Sachen. Lpzg. 1826. §. 74. 116. [Busch a. a. O. p. 243 ff. und die dort Not. 2. Citierten. v. Vangerow a. a. O. p. 872. Nro. 3. Elvers a. a. O. p. 681 ff.]

***) Vgl. Elvers a. a. O. p. 674 ff.

Art sein, daß sie eine dem Umfange des rechtlichen Willens entsprechende körperliche Möglichkeit der Verfügung begründet, wobei es hauptsächlich darauf ankommt, daß die möglichen Hindernisse beseitigt werden, welche von Seite des eigentlichen Besitzers der Sache in den Weg gelegt werden könnten. Der gewöhnliche Fall ist hier 1) der eines freiwilligen Einräumens von Seite des Besitzers (quasi traditio). Dazu bedarf es A. bei den persönlichen Dienstbarkeitsrechten eines wirklichen Ueberlieferns der nutzbaren oder fruchtbringenden Sache (l. 3. pr. D. de usufr. 7. 1.; v. Savigny, R. d. Bes. S. 576 f. Puchta Kl. civ. Schr. p. 449. 450.). Dagegen genügt B. bei den servitutes praediorum urbanorum, wenn sie auf ein bloßes Unterlassen (non facere) gerichtet sind, ein einfacher Vertrag, und es ist eine ganz unrömische Vorstellung, wenn neuere Rechtsgelehrte in diesem Falle haben fodern wollen, daß der Eigenthumsbesitzer zum Scheine anfangen müsse, Handlungen vorzunehmen, welche dem beabsichtigten Dienstbarkeitsrechte entgegen laufen, damit alsdann bei erfolgtem Widerspruche von der andern Seite das Unterlassen jener Handlungen als die äußere Erscheinung der Besitzübertragung gelten könne (v. Savigny, R. d. Bes. S. 601 ff. Puchta a. a. O. p. 450. 451.). Dagegen wird bei denjenigen servitutes praediorum urbanorum, die auf ein Geschehenlassen (pati) von Seite des Eigenthumsbesitzers gerichtet sind, zur Erlangung des Besitzes nothwendig sein, daß die Anstalt, in welcher der Besitz sich ausspricht, bereits errichtet und dadurch derjenige Theil des benachbarten Grundstücks, der durch die Dienstbarkeit zunächst belastet wird, eingenommen sei. Es wird also z. B. in Beziehung auf die servitus tigni immittendi die wirkliche Einlassung des Balkens nicht fehlen dürfen (v. Savigny R. d. Bes. S. 601.). C. Bei den servitutes praediorum rusticorum wird es gewöhnlich so eingerichtet werden, daß demjenigen, der zum Besitze des Dienstbarkeitsrechts gelangen soll, die Erlaubniß zur Ausübung der Dienstbarkeit ertheilt wird (was mit dem mittere in possessionem bei unbeweglichen Sachen verglichen werden kann). Da ist es denn auch natürlich, daß in den meisten Fällen erst noch die wirkliche Ausübung (der usus) hinzutreten muß, wenn ein Dienstbarkeitsbesitz entstehen soll. Nur würde es nicht ganz richtig sein, wenn man behaupten wollte, es sei die Ausübung zu diesem Behufe ganz

unentbehrlich. Wenn nämlich die Erlaubniß zur Ausübung des Dienstbarkeitsbesitzes in Gegenwart der Sache ertheilt wird, so muß dieses zur Begründung des Besitzes genügen, wenn auch die wirkliche Ausübung nicht sogleich erfolgt. Nur muß man zugleich voraussetzen, daß kein Hinderniß der Ausübung vorhanden ist. Wenn also z. B. der Besitzer eines Grundstückes mir Angesichts desselben erklärt, daß ich fernerhin ungestört über das Grundstück zu gehen befugt sein solle, und die Ausübung sogleich möglich wäre, ohne erst das Niederreißen einer Hecke u. dergl. zu erfodern, so erlange ich den Besitz des Fußsteigs auf der Stelle, auch wenn ich mich nicht veranlaßt finde, sogleich meinen Weg über das Grundstück zu nehmen. Oder soll ich etwa ohne alle Noth hin und her spazieren, bloß um mir den Besitz zu verschaffen? Die ganze Besitzlehre bietet kein Beispiel dar, daß zur Besitzergreifung etwas völlig Nutzloses gefodert würde. So brauche ich eine Säule, die mir übergeben wird, nicht erst anzufassen, weil dieses ja doch ganz zwecklos wäre; die bloße Gegenwart genügt. Eben so brauche ich ein Grundstück nicht zu betreten, um Besitzer zu werden, wenn ich nicht sonst Grund dazu habe; daß es mir von einer nahe liegenden Anhöhe gezeigt, und daß mir die Absicht der Besitzübertragung erklärt worden ist, erscheint als hinreichend. Diese Vergleichungspunkte mit dem beim Eigenthumsbesitze geltenden Rechte dürften entscheidend sein. Wenn dagegen sogar v. Savigny (R. d. B. S. 585.) der gewöhnlichen mit der meinigen im Widerspruche stehenden Ansicht beistimmt, so mag ihm wohl nur der Fall vorgeschwebt haben, wo die Erlaubniß zur Ausübung gar nicht Angesichts der Sache ertheilt wird*). Uebrigens widerspricht die l. 20. D. de serv. 8. 1. nur scheinbar der von mir aufgestellten, aus dem Geiste der Römischen Besitzlehre hervorgehenden Ansicht[635]). Außer diesem freiwilligen Einräu-

*) S. dag. Muther a. a. O. p. 43. Not. 41. indessen auch Sintenis Civ.-R. §. 64. Anm. 36.

635) Javolenus sagt „Quoties via aut aliquod ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset; ego puto, usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ....“ Labeo und (wie man aus l. 3. §. 2. D. de A. E. V. 19. 1. sehen kann) auch Pomponius glaubten, der Käufer könne Sicherheitsleistung wegen der ungehinderten Aus-

men kann auch noch 2) durch Nachgiebigkeit oder Fahrlässigkeit die Möglichkeit eines Besitzes herbeigeführt werden. So namentlich bei den servitutes, quae in non faciendo consistunt, wenn dem Eigenthumsbesitzer verboten wird, etwas zu thun, und er sich dabei beruhigt; sodann bei den servitutes in patiendo durch die wirkliche Ausübung (usus) von der einen und das Dulden (patientia) von der andern Seite. Insoferne wird in der l. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. sowohl bei den servitutes praediorum urbanorum, als auch bei den servitutes praediorum rusticorum die *patientia* neben der *traditio* erwähnt („per traditionem .... vel per patientiam"); offenbar auch als eine Art der Besitzerwerbung, denn es ist ja von der Publiciana in rem actio die Rede, welche den Besitz nothwendig voraussetzt. Auch in der l. 1. §. 2. D. de S. P. R. 8. 3. wird auf „traditio et patientia" hingewiesen, als wodurch das officium praetoris (die Publiciana actio) herbeigeführt werde[636]). 3) Durch Ertrotzen und Einschleichen (vi et clam) kann zwar an und für sich der Dienstbarkeitsbesitz ebenfalls erworben werden; für die Verjährung ist aber ein solcher Besitz unbrauchbar, wie aus dem §. 210. erhellen wird. Dagegen läßt sich 4) überhaupt nicht annehmen, daß bei den servitutes praediorum, quae in non faciendo consistunt, das bloße Nichtthun des Gegners schon den Besitz verschaffe, so daß z. B. jeder Hausbesitzer gegen alle seine Nachbarn den Besitz einer servitus altius non tollendi rücksichtlich der gegenwärtigen Höhe der Häuser haben

---

übung verlangen, weil er sonst vacua traditio zu fodern befugt sei, und diese sei hier nicht möglich. Javolenus hält eine solche Sicherheitsleistung nicht für nothwendig, und meint, alles was der Käufer fodern könne, sei der usus, denn die Erlaubniß des usus gewährt ihm alles, was dem Käufer einer körperlichen Sache die Uebergabe gewährt. Mehr liegt nicht in dieser Stelle. [Doch; wie sich das aus dem Schlußsatze ergiebt ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. Also auch in Bezug auf die Besitzverhältnisse vertritt der usus iuris die Tradition, wie ja die Servituteninterdicte die Ausübung der Dienstbarkeit fordern L. 1. pr. D. de superf. uti—fruimini—L. 1. pr. D. de itin. quo itinere—usus es—L. 1. pr. §. 1. D. de aq.—uti—aquam —duxisti —. Die Analogie des Sachbesitzes läßt sich hier eben nicht überall durchführen, aus dem p. 130. Not. *) angegebenen Grunde vgl. Elvers a. a. O. p. 676. Brinz Pand. I. p. 80. Böcking Pand. §. 126. Not. 14.]

636) Bei Savigny a. a. O. ist das Verhältniß der *patientia* zur *traditio* nur in Beziehung auf die servitutes praediorum, quae in non faciendo consistunt, deutlich hervorgehoben. Vgl. S. 605 mit S. 585.

würde (vgl. v. Savigny, R. d. Bes. S. 603. Anm. 1. Seuffert Arch. Bd. I. Nro. 4. VI. 315.).

2. Rechtmäßigkeit des Besitzes.

§. 210.

Für unser heutiges Recht ist die Frage, ob eine Redlichkeit des Besitzes bei der Begründung der Dienstbarkeitsrechte durch Verjährung nothwendig sei, im Allgemeinen leicht zu entscheiden, weil das kirchliche Recht, dessen Gültigkeit hier unbestreitbar ist, für die ersitzende Verjährung ganz allgemein die Redlichkeit des Besitzes verlangt (Th. 1. §. 92.)*), und zwar in der Art, daß die Unterbrechung derselben im Laufe der Verjährung diese selbst unterbrechen soll (Th. 1. §. 98.). Ob es bei der Beurtheilung der Redlichkeit auf die bloße Meinung ankommen soll, oder ob eine auf einen thatsächlichen Rechtsgrund gestützte Ueberzeugung erfodert werde, ist freilich doch wieder eine Frage, die uns auf das Römische Recht zurückführt. Wenn dieses nämlich einen solchen Rechtsgrund (titulus) verlangt, so wird es dabei sein Bewenden haben müssen; außerdem wird man nicht berechtigt sein, ihn für ein nothwendiges Erfoderniß zu halten, weil bekanntlich in den Quellen des kirchlichen Rechts die Redlichkeit an sich (die bona fides) als ein von dem auf Thatsachen beruhenden Rechtsgrunde zu Trennendes behandelt wird (Th. 1. §. 104.). Freilich ist auch behauptet worden, daß gerade in den kirchlichen Rechtsquellen Gründe liegen, welche uns nöthigen sollen, einen titulus als nothwendiges Erfoderniß zur Ersitzung der Dienstbarkeitsrechte zu verlangen. Es wird nämlich cap. 1. de praescr. in Sext. 2. 13. angeführt, wo von der Ersitzung in ihrer Anwendung auf bischöfliche Befugnisse und Zehntrechte gehandelt wird. Da wird nun allerdings der Satz aufgestellt, daß man zu einer Ersitzung innerhalb eines fremden Sprengels allemal eines titulus bedürfe, wenn nicht die Unvordenklichkeit schütze, weil die

*) S. aber auch Brinz Pand. I. p. 275. vgl. v. Savigny Syst. Bd. V. p. 329. 330. Für den Verf. ist die Praxis. Busch a. a. O. p. 417 ff. Seuffert Pand. R. §. 175. Not. 3. v. Vangerow Pand. I. p. 873. Nro. 3. a. E. Hameaux a. a. O. p. 150. Seuffert Arch. X. 235.

allgemeine Rechtsregel (ius commune) und die Vermuthung (praesumtio) dem Ersitzenden entgegen sei. Es liegt aber bei dieser Bestimmung wohl klar genug am Tage, daß es ganz besonderer Zweck war, die kirchliche Ordnung gegen eine durch Verjährung zu bewirkende Verrückung in Schutz zu nehmen. Es bleibt daher sehr gewagt, wenn man die hier zum Grunde liegende Rechtsansicht verallgemeinern, und auf diese Weise ein für alle Dienstbarkeitsverhältnisse geltendes Recht feststellen will.

Daß in anderer Hinsicht die Redlichkeit des Dienstbarkeitsbesitzes nach den im allgemeinen Theile erörterten rechtlichen Grundsätzen beurtheilt werden muß, versteht sich von selbst. So wird es z. B. da, wo die Ausübung des Besitzes durch einen Dritten vorgenommen worden ist, dennoch auf die redliche Meinung desjenigen ankommen, dem eigentlich der Besitz erworben wird, also bei dinglichen Dienstbarkeitsrechten desjenigen, dem das herrschende Grundstück gehört. Wenn daher ein Dritter den Dienstbarkeitsbesitz erwirbt, so kann die Ersitzung nicht eher anfangen, als bis der eigentliche Erwerber Kenntniß von dem wirklich erfolgten Anfange des Besitzes erhalten hat (Th. 1. §. 119.).

§. 211.

Um nun auf das Römische Recht zurückzukommen, so ist für die dreißig- und mehrjährige Verjährung, insoferne sie eine erwerbende sein soll, zwar eine Redlichkeit des Besitzes zu fodern; da aber nach der gewöhnlichen Ansicht die bei der dreißigjährigen Verjährung gefoderte Redlichkeit überhaupt als eine solche gedacht wird, welche nicht nothwendig auf einem thatsächlichen Rechtsgrunde zu beruhen braucht (Th. 1. §. 92.), so läßt sich mit Fug die Nothwendigkeit eines solchen Rechtsgrundes läugnen. Was die zehn- und zwanzigjährige Verjährung betrifft, so kann man mit Gewißheit wenigstens so viel nachweisen, daß der Besitz ein ordnungsmäßiger sein muß, d. h. die Besitzhandlungen dürfen weder gewaltsam, noch heimlich, noch aus freier Vergünstigung (nec vi, nec clam, nec precario) Statt gefunden haben (vgl. §. 198. Nro. 1. 2. 6.): ob noch weitere Ansprüche auf Rechtmäßigkeit des Dienstbarkeitsbesitzes zu machen sind, soll im folgenden §. untersucht werden.

Betrachten wir genauer, wie man sich die Ordnungsmäßigkeit des Besitzes d. h. die Benutzung der Dienstbarkeit zu denken habe, so finden wir 1) daß wir dabei nicht bloß auf den Anfang, sondern auf die ganze Dauer der Verjährungszeit sehen müssen[637]. 2) Was wir unter einer gewaltsamen Benutzung der Dienstbarkeiten verstehen sollen, können wir aus den von der Dienstbarkeitsverjährung sprechenden Stellen nicht erkennen, es wird aber kein Bedenken haben, den Begriff auf ähnliche Weise zu bestimmen, wie wir das vi facere in Bezug auf das interdictum quod vi aut clam bestimmt finden. Demgemäß ist eine gewaltsame Benutzung nicht nur dann vorhanden, wenn sie mit thätlicher Beseitigung eines Widerstandes geübt ist, sei es nun, daß Drohungen dazu hingereicht haben, oder daß wirkliche Gewalt angewendet wurde, sondern es genügt, wenn man entschiedenem Widerspruche Trotz bietend von einer Dienstbarkeit Gebrauch gemacht hat (L. 1. §. 5—7. D. quod vi 43. 24.)[637a]. Ueberdieß wird es für eine gewaltsame Ausübung geachtet, wenn der vorauszusehende Widerspruch oder Widerstand gewaltsam verhindert worden ist, (L. 1. §. 8. D. ib.) nicht aber wenn er aus Schwäche oder Rücksichten unterblieb. (L. 1. §. 10. D. ib.) oder von einem Dritten ohne dolus des Benutzenden abgewendet wurde (L. 1. §. 11. D. ib.). 3) Auch in Betreff des clam servitute uti liefern uns die Quellen bloß Untersuchungen über das interdictum de itinere actuque privato, wobei man noch zu Hülfe nehmen kann, was über die Bedeutung des clam facere bei Gelegenheit des Interdictes quod vi aut clam gesagt ist[637b]). Eine verheimlichte Benutzung braucht demnach nicht überhaupt eine heimliche zu sein, wenn sie nur

637) In der l. 1. §. ult. D. de aq. et aq. pluv. arc. act. 39. 3. wird nur demjenigen Schutz versprochen „qui diu usus est servitute nec vi, nec clam, nec precario." Auf ähnliche Art spricht l. 10. D. si serv. vind. (s. §. 198. Nro. 1.) vgl. Hoffmann und Fuhr Vers., Zus. zu Abh. I. p. 140.

637 a) Natürlich ist es daher eine gewaltsame Benutzung der Dienstbarkeit, wenn man sie unerachtet einer Pfändung (wie sie als erlaubte Selbsthülfe nach Deutschem Brauche vorzukommen pflegt), fortgesetzt hat. Mit Recht wird daher angenommen, daß durch eine solche Pfändung die Ersitzung gehindert wird. Vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 9. S. 152. Anm. 17. [Seuffert Pand. R. §. 175. Not. 7. Hoffmann Serv. II. p. 153 f.].

637 b) S. darüber Albert Ueber d. Bes. unkörp. Sachen §. 56—66. Hoffmann a. a. O. p. 151 f.

hinter dem Rücken desjenigen vorgenommen wurde, gegen den man sich auf Ersitzung berufen will. Jedenfalls ist seine Unkenntniß zum Thatbestande des clam uti nothwendig[638]), dagegen kann man nicht umgekehrt behaupten, daß jede Benutzung einer Dienstbarkeit, von welcher der Gegner nichts weiß, sofort als eine verheimlichte anzusehen sei[638a]). Dieß ist nur bei absichtlicher Verheimlichung der Fall*); außerdem aber auch da, wo derjenige, dem die Benutzung verboten worden ist, diese dennoch fortsetzt, ohne daß der Gegner etwas davon erfährt[638b]). 4) Ein precario servitute uti ist dasjenige, welches mit dem Vorbehalte zugelassen ist, daß die Benutzung nicht länger dauere, als man die Erlaubniß dauern lassen will.

§. 212.

Da es nicht an scheinbaren Gründen für die Behauptung fehlt, daß der ordnungsmäßige Besitz zur Servitutenersitzung

---

638) L. 6. pr. D. de poss. 41. 2. Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem, *ignorante eo*, quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et, ne faceret, timebat — nec quemquam clam possidere incipere, qui *sciente* aut *volente* eo ad quem ea res pertinet, aut aliqua ratione bonae fidei possessionem nanciscitur —. So macht auch die Absicht zu stehlen keine Entwendung, wenn der Bestohlene sich die Sache mit Willen hat wegnehmen lassen.

638a) Daß ein Besitz, von dem der Beeinträchtigte keine Kenntniß hat, nicht nothwendig ein verheimlichter ist, dürfte aus L. 4. pr. D. pro suo 41. 10. hervorgehen. Seuffert Arch. II. 50. a. E. IX. 130. Dennoch wird in den Heidelberger Jahrbüchern (1817. Nro. 36.) die Meinung aufgestellt, „daß bei den Servituten jeder clam besitzt, der ohne Wissen des dominus die Servituten ausübt; denn theils wird in den Gesetzen bestimmt eine scientia oder patientia domini verlangt (l. 11. §. 1. D. de Publ. act. 6. 2. und l. 2. C. de serv. 3. 34.), theils soll man nach l. 5. D. de S. P. U. 8. 2. bei den Servituten als invitum betrachten non eum, qui contradicit, sed eum, qui non consentit, so daß doch wenigstens ein wissentliches Schweigen erfodert wird." S. dagegen Zimmern, Römischrechtl. Unters. S. 121.

*) L. 3. §. 7. 8. D. quod vi 43. 24. Heimbach a. a. O. p. 294.

638b) L. 3. pr. D. de itin. 43. 19. — nam qui prohibitus utitur, clam utitur —. Natürlich muß aber derjenige, dem hier eine Verheimlichung vorgeworfen werden soll, von dem Verbote Kenntniß erlangt haben. War dieß an den Stellvertreter gerichtet, so macht es zwar jede folgende Besitzhandlung desselben zu einer heimlichen, die des Herrn aber nur, so weit er von dem Verbote Kunde hat. (L. 3. §. 1. D. ib. Die Stelle spricht allgemein, man

nicht genüge, daß es dabei vielmehr noch auf andere Erfodernisse ankomme, so sind die Streitfragen, auf welche wir hier stoßen, einer genaueren Erörterung zu unterwerfen.⁶

I. Es ist eine nicht ungewöhnliche Behauptung, daß bei der Ersitzung der Dienstbarkeitsrechte ein gültiger Rechtsgrund für den Besitz (iustus titulus) erfodert werde (vgl. Glück Erläut. d. Pand. Th. 9. S. 123. 128. 140—144. Bessel*) a. a. O. p. 393 ff. Muther a. a. O. §. 13—24.); und in der That möchte man erwarten, daß hier dasselbe Statt finde, was bei der Erwerbung des Eigenthums durch Verjährung verlangt wird. Dagegen ist aber wieder, daß die von der Dienstbarkeitsersitzung sprechenden Stellen (vgl. §. 198. Nro. 1—7.) von der Nothwendigkeit eines Rechtsgrundes keine Meldung thun, noch mehr der Umstand, daß Ulpian (l. 10. pr. D. si serv. vind. 8. 5.) ausdrücklich sagt „Non est ei (d. h. dem Besitzer) necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo." Zwar versteht Duarenus (disp. annivers. I. 34.) das „ius quo aqua constituta est" nicht vom titulus, sondern von der vollständigen rechtlichen Begründung; aber die angeführten Beispiele („veluti ex legato vel alio modo") setzen es beinahe außer Zweifel, daß Ulpian den Beweis eines titulus nicht für nothwendig gehalten haben kann. Nun beruft man sich freilich auf l. 2. C. de serv. 3. 34. (s. §. 198. Nro. 7.) verb. „exemplo rerum immobilium" und auf l. 12. C. de pr. l. t. 7. 33., verb. „bono initio et possessione tenentis." Allein wie wenig die erste Stelle hier entscheiden könne, ergiebt sich aus

kann daher nicht mit Albert a. a. O. §. 62. zwischen beauftragten und unbeauftragten Stellvertretern unterscheiden.)

*) Gegen ihn ist die citierte Abhandlung von Hoffmann gerichtet. Eine Hauptstütze für Bessel's Ansicht bildet L. 10. pr. D. si serv. vind. 8. 5. Darin ist ihm bei der Interpretation dieses Fragmentes (gegen Elvers a. a. O. p. 740.) beizustimmen, daß die Worte „non est ei necesse, docere de iure, quo aqua constituta est", sagen wollen, er brauche nicht nachzuweisen, daß die Servitut ihm civilrechtlich eingeräumt wurde, wie das der Gegensatz „sed *utilis* actio" (vgl. auch Muther a. a. O. p. 22. Heimbach a. a. O. Anm. 610.) zeigt. Wenn Bessel aber die Entbehrlichkeit des Titels deshalb aus dem Schlußsatze nicht folgern zu müssen glaubt, weil doch nicht alle Requisite der Dienstbarkeitsersitzung aufgezählt seien, da die res habilis nicht genannt werde, so wendet Hoffmann (Serv. II. p. 165.) mit Recht ein, daß die Stelle es überhaupt nur mit den subjectiven Erfordernissen des Besitzes zu thun habe. vgl. p. 174. Not. *) — Seuffert Arch. IX. 132.

dem, was im §. 201. über sie gesagt worden ist; und was die zweite Stelle betrifft, so ist gewiß, daß der Theil der Stelle, welcher jene Worte enthält, nicht von der Dienstbarkeitsersitzung spricht. Erst die Schlußworte (eodem observando" u. s. w.) machen den Uebergang auf die Verjährung bei Dienstbarkeitsrechten; und da würde denn wohl auf keinen Fall als ausgemacht angenommen werden können, daß eine Gleichstellung auch in Ansehung jenes bloß gelegentlich erwähnten Umstandes (des „bonum initium") beabsichtigt worden sei, da der ausgesprochene Zweck der Verordnung bloß die Bestimmung der Begriffe von Abwesenheit und Anwesenheit angeht. Sonst ließe sich am Ende die Nothwendigkeit eines bonum initium dieser Stelle wegen auch noch für die aufhebende Verjährung bei den Dienstbarkeitsrechten behaupten, da doch gewiß in den Schlußworten auch auf diese Beziehung genommen ist *).

II. Ein anderer Streitpunkt ist, inwieferne nach Römischem Rechte verlangt werden könne, daß derjenige, welcher ein Dienstbarkeitsrecht durch Verjährung erwerben will, sich in einer sogenannten negativen *bona fides* befinde, d. h. wieferne er über das wirkliche Nichtvorhandensein des von ihm ausgeübten Dienstbarkeitsrechtes in Unwissenheit sein müsse. Daß diejenigen, welche zur Ersitzung der Dienstbarkeitsrechte einen gültigen Rechtsgrund fodern, überdieß als nothwendig voraussetzen müssen, daß dem Ersitzenden die Unzulänglichkeit desselben unbekannt sei, versteht sich von selbst. Aber bestritten ist es, ob es erlaubt sei, die Nothwendigkeit eines rechtlichen Besitzgrundes zu läugnen, und dann doch zum wenigsten zu verlangen, daß die Ausübung des Dienstbarkeitsrechtes ohne das Bewußtsein der Unrechtlichkeit Statt gefunden habe (vgl. Glück Erl.

*) Diese Beziehung läßt sich freilich nicht vertheidigen. Im Uebrigen interpretiert der Verf. die Worte „eodem observando etc." gewiß richtig und richtiger als Schilling a. a. O. Anm. 1121. Die Forderung eines iustus titulus wird denn jetzt auch fast allgemein verworfen. s. Luden a. a. O. p. 168. Hoffmann a. a. O. II. p. 162 ff. v. Savigny Syst. IV. p. 494 f. Elvers a. a. O. p. 740 f. Heimbach a. a. O. p. 306. Brinz Pand. I. p. 275. v. Vangerow Pand. I. p. 872., woselbst weitere Citate gegeben werden. Eine Ausnahme behauptet sogar Hoffmann a. a. O. II. p. 157. für die persönlichen Servituten, ohne jedoch einen anderen Grund anzuführen als deren innere Verwandtschaft mit dem Eigenthum und den Umstand, daß der Besitz an ihnen die Detention der dienenden Sache voraussetze.

d. Pand. Th. 9. S. 123. Anm. 35. S. 132—139.; Möllenthiel über die Natur des guten Glaubens p. 104—107. Hoffmann a. a. O. p. 135 ff.*) Busch a. a. O. p. 412.**) Sintenis Civ. R. §. 64. Anm. 42. Seuffert Arch. VIII. 348.). Einige suchen die Schwierigkeit zu umschiffen, indem sie von der Voraussetzung ausgehen, daß derjenige, welcher weder gewaltsam, noch heimlich, noch vergünstigungsweise besitzt, unmöglich in dem Bewußtsein einer unrechtlichen Handlungsweise sich befinden könne. Glück selbst und Möllenthiel gehören in diese Zahl. Allein man denke an einen Fall, wo Jemand ganz offen sich eines Rechts anmaßt, ohne im geringsten an das Dasein eines solchen zu glauben, während derjenige, gegen den er es sich herausnimmt, irrigerweise eine Verpflichtung zu haben glaubt, jene Anmaßung zu dulden. Am sichersten scheint es mir, wenn man zugiebt, daß unsere Quellen keine Beläge darbieten, mit denen sich beweisen ließe, daß der, welcher eine Dienstbarkeit ersitzen will, von der Unzulänglichkeit seines Rechts nichts gewußt haben dürfe, ohne übrigens darüber absprechen zu wollen, ob nicht das Unerweisliche dennoch das Richtige sein möchte***). Daß die l. 12. C. de pr. l. t. (verb. „bono initio et possessione tenentis") nicht als Belag gelten kann, ist bereits im §. 202. auseinandergesetzt worden. Es bleibt also bloß der Schluß von dem interdictum de aqua übrig, der höchst mißlich

---

*) Bei Hoffmann liegt vorzugsweise der Irrthum zu Grunde, daß der animus domini, wenn er nicht an innerem Widerspruche leiden solle, in dem Glauben an die eigene Berechtigung bestehen müsse. Es gilt davon aber ganz dasselbe wie bei dem Eigenthumsbesitze. Auch die weitere Ausführung, wie die bona fides sich stets auf das Geschehenlassen Seitens des Herrn des dienenden Grundstücks stützen könne, erscheint keineswegs überall zutreffend, wiewohl der Begriff der bona fides, von dem Heimbach in seiner Polemik gegen jenen (a. a. O. p. 301.) ausgeht, ebenfalls unhaltbar ist. Die herrschende Lehre erklärt sich entschieden gegen die Nothwendigkeit des guten Glaubens. s. v. Wening-Ingenheim Civ.-R. I. p. 378. Not. p. Luden a. a. O. p. 169. Arndts Pand. §. 189. Seuffert Pand. R. §. 175. Not. 3. v. Vangerow Pand. I. p. 873. Elvers a. a. O. p. 743 f. u. A. m.

**) Die hierin liegende Inconsequenz betont namentlich Muther a. a. O. p. 17 f.

***) Gewiß nicht, weil die Forderung fehlerfreien Besitzes neben der einer bona fide possessio keinen Sinn mehr hätte. s. Puchta Vorl. Bd. I. §. 188. p. 366. Brinz Pand. I. p. 275. Schirmer Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. XV. p. 242 ff. Mit der bona fides fällt aber auch der Titel fort.

ist, weil dieses interdictum, so weit wir es aus unseren Quellen beurtheilen können, hierin etwas Besonderes hat*) (vgl. v. Savigny, R. d. B. S. 575. Anm. 1. und S. 598 f.).

III. Eine eigenthümliche Schwierigkeit ist in dieser Lehre dadurch entstanden, daß die l. 2. C. de serv. 3. 34. (s. §. 198. Nro. 7.) wegen der Worte „eo sciente“ zu fodern scheint, die Ausübung des Dienstbarkeitsrechts müsse demjenigen bekannt sein, welcher dadurch beschränkt wird. Da man, wie schon gezeigt worden ist, (Anm. 638b.) nicht annehmen kann, daß dieß sich von selbst verstehe, wenn nicht der Vorwurf der Verheimlichung den Besitz treffen soll, so hätten wir hier ein Erfoderniß, das bei keiner andern Verjährungsart vorkommt, und das uns deswegen um so mehr auffallen muß, weil außer der l. 2. cit. keine andere der über Dienstbarkeitsersitzung sprechenden Stellen davon Erwähnung thut. Wenn wir überdieß erwägen, daß die l. 2. ein kaiserliches Antwortschreiben ist, bei dem wir manche Nebenumstände aus der uns unbekannten Anfrage zu dessen Erklärung vorauszusetzen berechtigt sind, so müssen wir Bedenken tragen, eine solche Wissenschaft für nothwendig zu halten. Darum war sie aber keineswegs unwichtig; denn wenn sie in einem besonderen Falle vorhanden war, so war entschieden, daß der Dienstbarkeitsbesitz nicht als ein heimlicher angesehen werden konnte. Diese Betrachtung genügt vollkommen, um uns die Erwähnung jenes Umstandes in der l. 2. cit. erklärlich zu machen**). Man könnte geneigt

*) Muther a. a. O. §. 21. macht darauf aufmerksam, daß, „wenn zum einfachen Quasibesitz des ius aquae ductus schon titulus und bona fides nothwendig war“, die Ersitzung ihrer nicht entbehren konnte, also L. 10. D. si serv. vind. 8. 5. und L. 2. C. de serv. 3. 34., welche beide von der Ersitzung einer Wasserleitung sprechen, nicht alle Requisite dieser Verjährung angeben. Er übersieht, daß Quasibesitz und das Recht, die Interdicte anzustellen, nicht identisch sind. vgl. unten p. 180. Not. *).

**) So auch v. Savigny Syst. Bd. IV. p 494. Not. g. Hoffmann a. a. O. p. 161. u. A. m. Die Erklärung steht übrigens schon in der Glosse ad h. l. v. sciente „iure servitutis, non precario vel clam vel vi.“ Unhaltbar ist die Deutung, welche Luden a. a O. p. 170. Not. 6. von dem „eo sciente“ giebt. Wenn endlich Thibaut Pand. I. §. 315. p. 256., sobald die Servitut von einem mala fide possessor bestellt ist, die Wissenschaft des wirklichen Eigenthümers (arg. Nov. 119. c. 7.) verlangt, so möchte dieß schwerlich zu billigen sein, indem so eine schon an sich anomale Vorschrift (s. Schirmer Usuc. p. 197 ff.) willkürlich noch weiter ausgedehnt wird.

sein, in der l. ult. C. de praescr. l. t. eine Andeutung zu finden, daß wenigstens vor Justinian auf scientia gesehen worden sei, weil der Kaiser diese Rücksicht ausdrücklich zu verwerfen für nöthig erachtet (verbis: „nulla scientia vel ignorantia exspectanda, ne altera dubitationis inextricabilis oriatur occasio"). Allein dann müßte es ja bei jeder l. t. praescriptio auf die scientia angekommen sein. Die angeführten Worte lassen sich genügend erklären, wenn man annimmt, daß bei Beurtheilung der Anwesenheit und Abwesenheit (worauf es bei der l. t. praescriptio ankam) die scientia und ignorantia von einigen Rechtsgelehrten insoferne berücksichtigt wurde, als sie die ignorantia der Abwesenheit gleich achteten; diese Meinung wäre es, die von Justinian verworfen wird. In der That erhält die Stelle erst auf diese Weise einen vollständigen Zusammenhang[639].

3. Zeitablauf.

§. 213.

Die zur Ersitzung der Dienstbarkeitsrechte erfoderliche Verjährungszeit ist in den gewöhnlichen Fällen ein Zeitraum von zehn oder zwanzig Jahren*); denn daß man bei dem longum

639) Die Zahl derjenigen, welche bei der eigenthümlichen Dienstbarkeitsersitzung eine Wissenschaft des Eigenthümers verlangen, ist nicht gering. Beispielsweise sind zu erwähnen Faber (coniect. iur. civ. XIX. 10. pag. 753.), Vinnius (sel. iur. quaest. 1. 31.), Glück (Erl. d. Pand. Th. 9. S. 132.), der jedoch (ebend. S. 128.) eine in dieser Hinsicht durch die l. ult. C. de praescr. l. t. bewirkte Aenderung annimmt, der Beurtheiler in den Heidelberger Jahrbüchern (1817. Nro. 36. S. 574.), Mackeldey (Lehrb. S. 347.). Die Vertheidiger der entgegengesetzten Meinung möchten aber doch wohl die Mehrzahl ausmachen. Dahin gehören z. B. Galvanus (de usufr. cap. 12. §. 9.), Malblanc (princ. iur. Rom. II. 2. §. 421.), Gros (Gesch. d. Verj. S. 60.), Zimmern (Römischrechtl. Untersuch. S. 121.), von Wening (Lehrb. Th. 1. Aufl. 2. §. 95.).

*) Die Behauptung von Hoffmann Serv. II. p. 171 f., daß zum Erwerbe persönlicher Servituten an beweglichen Sachen die Zeit von drei Jahren genüge, und daß dieß dem ganzen Entwickelungsgange der Verjährungslehre entspreche, widerlegt sich durch das oben über den Inhalt der Justinianischen Reformen Gesagte. s. auch v. Vangerow Pand. I. p. 897. — Luden a. a. O. p. 232 f. will sogar libertatis usucapio und Untergang des Nießbrauchs neben einander zulassen, und verlangt für erstere bei Mobilien nur drei Jahre.

tempus, wovon hier die Rede iſt, nicht etwa an eine unbeſtimmte, der Beſtimmung des richterlichen Ermeſſens überlaſſene Friſt zu denken hat, iſt bereits nachgewieſen worden (§§. 199. 200.). Es verſteht ſich von ſelbſt, daß dabei der Unterſchied zwiſchen Anweſenheit und Abweſenheit gerade ſo einwirkt wie bei der longi temporis praescriptio (Th. 1. §. 84.)[640]. Wenn die mit einer Dienſtbarkeit zu belaſtende Sache von der Art iſt, daß ſie keine zehn- und zwanzigjährige Verjährung zuläßt, ſo kann ein Zeitablauf von dreißig, und ſogar von vierzig Jahren nothwendig ſein (vgl. §. 204. 206.). Gewiß iſt, daß in allen Fällen ohne Unterbrechung (continue) gerechnet werden muß (vgl. Th. 1. §. 87.). Eher kann man zweifeln, ob von Tag auf Tag zu rechnen iſt, und ſo, daß der Anfang des letzten Tages den Zeitablauf vollendet. Nach den früher (Th. I. §. 90.) entwickelten Grundſätzen muß es behauptet werden, weil hier von einer erſitzenden Verjährung die Rede iſt.

C.

Unterbrechung der Verjährung.

§. 214.

Da die Begründung der Dienſtbarkeitsrechte durch Verjährung eine Erſitzung iſt, ſo erfolgt ſchon der Natur der Sache nach eine Unterbrechung der Verjährung, wenn der Dienſtbarkeitsbeſitz vor dem Ablaufe der Verjährungszeit aufhört.

I. Bei den servitutes praediorum urbanorum iſt der fortdauernde Beſitz des herrſchenden Grundſtücks in der Regel ein fortdauernder Beſitz des daran geknüpften Dienſtbarkeitsrechts (l. 20. pr. D. de S. P. U. 8. 2.). Eben darum fällt aber auch 1) dieſer Beſitz weg, wenn der Beſitz des herrſchenden Grundſtücks verloren geht, namentlich wenn Beſitzloſigkeit eintritt[641];

640) Dabelow (Verj. Th. 1. S. 225.) und Glück (Erl. d. Pand. Th. 9. S. 126. 145.) nehmen an, daß ohne Unterſchied zwiſchen Anweſenheit und Abweſenheit eine zehnjährige Verjährungszeit als genügend zu betrachten ſei. Sie gehen aber von ganz unrichtigen oder doch unerweislichen Vorausſetzungen aus.

641) Dieſer Fall [deſſen Puchta Kl. civ. Schr. p. 453. ausdrücklich erwähnt,] iſt bei Savigny a. a. O. nicht hervorgehoben; für ſeinen Zweck war es nicht nöthig, weil in Anſehung der interdicta kein Einfluß ſichtbar iſt.

denn wenn eine Besitzübertragung Statt gefunden hat, so werden die bei der Eigenthumsverjährung geltenden Grundsätze über die Zusammenrechnung des Besitzes in Anwendung zu bringen sein[642]). 2) Außerdem ist gewiß, daß der Besitz aufhört, wenn von Seite des dienenden Grundstücks etwas geschieht, was dem Genusse des Dienstbarkeitsrechts hemmend in den Weg tritt, z. B. wenn die Oeffnung, welche bisher den Balken des benachbarten Gebäudes aufgenommen hatte, vermauert wird, oder wenn die bisher mögliche Aussicht durch Höherbauen gehindert wird (vgl. v. Savigny, R. d. Bes. S. 605.). Nun aber ist 3) die Frage zu beantworten, ob es zur Unterbrechung des Besitzes vielleicht schon hinreiche, wenn nur das äußere Verhältniß sich ändert, auf welchem der Besitz beruht, auch wenn nichts gegen die Ausübung des Rechts gethan wird. Man könnte glauben, die Frage deswegen verneinen zu müssen, weil bei diesen Dienstbarkeiten die aufhebende Verjährung erst anfängt, wenn etwas gegen das Dienstbarkeitsrecht geschehen ist. Allein davon liegt der Grund darin, weil zur Begründung einer aufhebenden Verjährung der bloße Verlust des Dienstbarkeitsbesitzes nicht hinreicht, sondern ein Besitz der Freiheit angefangen haben muß. Es muß demnach die Natur der Sache entscheiden, und dieser scheint es allerdings gemäß zu sein, daß man bei eingetretener Veränderung des äußeren Verhältnisses, auf welchem der Besitz beruht, auch den Besitz als erloschen annehme, vorausgesetzt, daß die Veränderung nicht eine bloß vorübergehende ist*). Wenn also die tigni immissio aufhört, so wird die servitus tigni immittendi nicht weiter mehr besessen, gesetzt auch, daß die Oeffnung noch zu bemerken ist. Ferner: wenn die Aussicht dadurch gehemmt wird,

642) A. M. ist Dabelow (Verj. Th. 2. S. 21 fgg.). Er glaubt, daß ein Zusammenhang des Besitzes nur unter Voraussetzung von iustus titulus und bona fides Statt finden könne, (was freilich zu erweisen ist). Glück (Erl. d. Pand. Th. 9. S. 153—155.) tritt der Meinung Dabelow's bei, nur mit einer Beschränkung für den Fall, wo ein iustus titulus der Ersitzung zum Grunde liegt. (Hier tritt dann aber auch nach seiner Ansicht eine sogenannte ordentliche Ersitzung ein). [S. jed. Seuffert Arch. I. 323.]

*) Dem entsprechend heißt es auch bei Böcking Pand. Bd. I. p. 475., der Besitz der zu einer Vorrichtung auf fremdem Eigenthume berechtigenden städtischen Servitut gehe verloren „durch Vernichtung der Vor- oder Einrichtung auf dem fremden Eigenthum."

daß auf einer Besitzung, die zwischen dem dienenden und dem herrschenden Grundstücke in der Mitte liegt, ein Gebäude aufgeführt wird, so fällt der Besitz des prospectus weg, obgleich von Seite des dienenden Grundstücks nichts dagegen gethan worden ist. Man kann aber noch weiter gehen, daß der Besitz auch dann wegfalle, wenn der Besitzer selbst sich die Aussicht verbaut, oder z. B. die Fenster zumauert[643]). Ein Gerüste, das zu einem bloß vorübergehenden Zwecke erhoben worden ist, kann dem Besitze nicht schaden, es mag nun dasselbe von dem Besitzer des dienenden Grundstücks herrühren, oder einen andern Urheber haben.

II. Bei den servitutes praediorum rusticorum ist eine Ununterbrochenheit des Besitzes im strengen Sinne gar nicht möglich; man erinnere sich nur, was im §. 192. über die Natur des hier Statt findenden Besitzes gesagt worden ist. Wenn nun dennoch entschieden eine Ersitzung auch bei diesen Dienstbarkeitsrechten (namentlich bei dem ius aquae ducendae) angenommen ist, so muß gewissermaßen durch eine fictio der Zusammenhang bewirkt werden. Hier nun glaube ich den Grundsatz aufstellen zu können, daß ein solcher Zusammenhang angenommen werden dürfe, wenn die einzelnen Handlungen der Ausübung bloß durch gewöhnlich vorkommende Zwischenräume getrennt sind, nicht aber, wenn ungewöhnliche Unterbrechungen Statt gefunden haben[644]). Dagegen wird von Savigny (R. d. Bes. vgl. S. 577 f. mit S. 586.) angenommen, daß allemal

643) Bei Savigny scheinen in Ansehung der servitus tigni immittendi die nämlichen Grundsätze anerkannt zu sein, denn S. 601. ist, wie hier, die quasi possessio davon abhängig gemacht, ob die immissio tigni Statt findet oder nicht. Dagegen scheint er bei der servitus altius non tollendi abzuweichen, denn S. 605. heißt es „Verloren wird der Besitz der negativen Servituten dadurch, daß der Gegner die entgegengesetzte Handlung wirklich vollführt; wenn also das Haus eines Nachbars, gegen welches ich ein ius altius non tollendi behaupte, wirklich höher gebaut ist, so ist dadurch mein Besitz der Servitut nothwendig ausgeschlossen.“ Dieß ist freilich nicht zu läugnen; aber kann der Besitz nicht auch sonst verloren gehen? Darüber wird nichts weiter gesagt. [Vgl. L. 6. pr. D. si serv. vind. 8. 5. Puchta a. a. O. p. 453. Muther a. a. O. §. 40.]

644) In der Schrift üb. Verj. d. fortg. Bes. heißt es S. 327. minder richtig „Der auf Ausübung einer servitus pr. rustici gerichtete Besitz dauert .... nur so lange, als man keine Gelegenheit der Ausübung hat verstreichen lassen.“

„während des bloßen Nichtgebrauchs (ohne fremde Occupation) der Besitz in suspenso ist, und daß es sich erst durch Erneuerung des Gebrauchs oder durch Ablauf des ganzen Zeitraums zeigt, ob er in der ganzen Zwischenzeit dagewesen oder nicht dagewesen ist“*). Diese Lehre scheint mir aber in der Ausführung viel schwieriger als die von mir aufgestellte. Wenn z. B. Jemand zu dem Besitze eines Wegerechts gelangt ist, und dann fast volle zehn Jahre den Weg unbenutzt läßt, so wird er doch durch Ersitzung das Wegerecht erworben haben, wenn er nur am ersten Tage des elften Jahres wieder einmal seinen Weg über das Grundstück des Nachbars nimmt. Wie kann man aber von einem solchen sagen, er habe „per decem annos“ die Dienstbarkeit ausgeübt? Wenn schon der Eigenthumsbesitz „negligentia possessoris“ erledigt wird (vgl. Th. 1. §. 131.), muß nicht auch hier die Vernachlässigung der Ausübung entscheidend einwirken? Das aber möchte ich jetzt nicht mehr behaupten, daß es allemal schon als eine dem Besitze schädliche Versäumniß angesehen werden müsse, wenn irgend einmal eine sich darbietende Gelegenheit zur Ausübung unbenutzt geblieben ist. Dieß kann so wenig der Fall sein, als man bei dem Besitzer eines saltus aestivus (der bekanntlich den Besitz behält, auch wenn er den ganzen Winter über sich durchaus nicht um den saltus bekümmert) behaupten kann, daß er sogleich den Besitz verliere, wenn er nicht im nächsten Sommer sobald als möglich seine Heerden hintreibt. Also nur, wenn der Weg längere Zeit unbenutzt bleibt, als es bei Wegerechten vorzukommen pflegt, wird man eine Unterbrechung annehmen dürfen. Gleichgültig muß es sein, ob die ungewöhnliche Unterbrechung aus einer Fahrlässigkeit herrührt, oder aus Hindernissen, welche die Aus-

*) Soweit die Fortsetzung des Besitzes zu einem Erwerbe durch Ersitzung führen soll, stimmt Savigny in der sechsten Auflage ebd. Anm. 2. dem Verf. ausdrücklich bei. Jedoch selbst mit dieser Beschränkung nennt Puchta a. a. O. p. 454 f. (mit Böcking's Billigung Pand. §. 126. Not. 27.) die Savignysche Meinung eine „willkürliche Annahme.“ Denn „so gut Jemand den Besitz einer Servitut erwerben kann, ohne das Recht selbst erworben zu haben, so gut kann er Besitzer bleiben, während das Recht untergegangen ist.“ Freilich werde dieser Besitz wirkungslos sein, da sowohl die Ersitzung als die Interdicte hier die Ausübung in bestimmter Weise fordern. Auch Julian schließt in §. 89. der fr. Vat. nicht von dem Fortbestehen des Quasibesitzes am ususfructus des entlaufenen Sklaven auf das des Nießbrauchs.

übung unmöglich machten oder ob sie wohl gar in der Natur des Besitzes liegt, weil es sich z. B. um ein Recht handelt, welches überhaupt nur in außerordentlichen Fällen wirksam wird. Ich bin daher weit entfernt, jetzt noch das behaupten zu wollen, was ich früher Verj. d. fortg. Bes. S. 327. Anm. l. geschrieben habe „Wenn sich freilich während der ganzen Ersitzungszeit keine Gelegenheit zur Ausübung darböte, so könnte das einzige Factum der Besitzergreifung zur Ausübung hinreichen." Uebrigens bringt es der Zusammenhang der rechtlichen Grundsätze mit sich, daß man den Ersitzungsbesitz als unterbrochen annehme, wenn der Besitz des herrschenden Grundstücks verloren geht; nur daß im Fall einer rechtlichen Uebertragung wieder eine Zusammenrechnung Statt finden muß. Dieß ist um so unbedenklicher, als auch bei dem interdictum de itinere actuque privato die Tage, an denen der auctor den Weg benutzte, dem Successor zugezählt werden[644a]). Von selbst versteht sich, daß die Besitzhandlungen des Vorgängers ordnungsmäßig gewesen sein müssen, wenn sie dem Nachfolger zu Gut kommen sollen L. 3. §. 2. D. de itin. 43. 19.

III. Bei den persönlichen Dienstbarkeitsrechten gilt dasselbe, was bei den servitutes praediorum rusticorum bemerkt worden ist (vgl. §. 192.), und ich glaube, daß der dort aufgestellte Grundsatz über die Unterbrechung des Besitzes, so wie ich ihn jetzt gefaßt habe, auch hier seine vollständige Anwendung findet. Wenn also der Nießbrauchsbesitzer etwa einmal es unterläßt, die Früchte eines Baumes abzunehmen, so wird dadurch der Besitz des Nießbrauchs nicht unterbrochen; wer aber mehrere Jahre hindurch das unterließe, würde nicht mehr den früheren Besitz fortsetzen können, wenn er wieder einmal auf den Gedanken käme, den Nießbrauch auszuüben, obgleich diese Handlung einen neuen Besitz begründen könnte. Freilich ist hier wie auch sonst oft ein Fall vorhanden, wo das richterliche Ermessen einigen Spielraum haben muß[645]).

644a) Vgl. L. 3. §. 6—10. D. de itin. L. 2. §. 3. D. si serv. vind. 8. 5. L. 1. §. 29. 37. D. de aq. quot. 43. 20. cf. L. 6. D. de itin. [wegen des int. de itin. refic. s. L. 5. §. 2. eod. und überhaupt Schmidt Interd. p. 146 ff.]

645) Bei dem entlaufenen Sklaven läßt sich [sofern ihn kein Anderer in Besitz genommen] die Fortdauer der quasi possessio usus fructus und der Ersitzung behaupten, [die der letzteren sogar trotz des Besitzes Dritter, wenn der Sklave hier ex re fructuarii stipuliert]. Vgl. l. 12. §. 3. 4. D. de usufr. 7. 1.

Inwieferne da, wo die Fortsetzung des Besitzes auf Handlungen beruht, die Handlungen eines Stellvertreters genügen können, wird nach den im §. 194. entwickelten Grundsätzen zu beurtheilen sein.

§. 215.

Außer dem Aufhören des Dienstbarkeitsbesitzes wirkt auf die erwerbende Verjährung der Dienstbarkeitsrechte störend ein, wenn der Dienstbarkeitsbesitz ein unredlicher zu sein anfängt. So ist es wenigstens den Grundsätzen des kirchlichen Rechts gemäß (vgl. Th. 1. §. 98.). Wenn der Besitz sich in einen gewaltthätigen oder heimlichen verwandelt, oder nur noch precario fortgesetzt wird, so muß schon nach Römischem Rechte eine Unterbrechung eintreten, weil diese Verjährung voraussetzt, daß der Dienstbarkeitsbesitz nec vi, nec clam, nec precario ausgeübt worden sei. Da man in Beziehung auf das interdictum quod vi aut clam ein gewaltsames Beginnen (vi facere) allemal schon annimmt, wenn einem entschiedenen Widerspruche entgegen gehandelt wird, es sei nun, daß dieser sinnbildlich (iactu lapilli), oder durch Einspruch (testatione denuntiationeque) an den Tag gelegt wurde (l. 1. §. 5—7. D. quod vi 43. 24.)[646]), und nicht abzusehen ist, warum diese Grundsätze nicht auch in Beziehung auf das Verjährungsrecht angewendet werden sollen, so ergiebt sich zugleich, daß bei solchen Dienstbarkeitsrechten, die gar keinen ein für allemal begründeten Besitz (s. g. possessio continua) zulassen, die Anstellung einer negatoria actio oder der Gebrauch eines interdictum uti possidetis zur Unterbrechung der Dienstbarkeitsverjährung gar nicht erst nothwendig ist*). Uebrigens

---

646) [Vgl. Heimbach a. a. O. p. 309—311. Seuffert Arch. IV. 15. VI. 154.] Die in Deutschland übliche Pfändung wird hiebei ebenfalls zu erwähnen sein. Vgl. Ioh. Casp. Heimburg progr. de interrupt. praescr. per pignerationem. Ienae 1755. [Luden a. a. O. p. 173.]. Wenn Kind (quaest. forens. ed. 2. Tom. III. cap. 37.) behauptet, daß eine nicht in der gehörigen Form vorgenommene Pfändung die Verjährung nicht unterbreche, so möchte ich nicht unbedingt beistimmen, weil die Pfändung doch auch in einem solchen Falle die Kraft eines einfachen Widerspruchs haben muß; eine andere Frage ist es, ob nicht die in der Pfändung liegende Gewaltthätigkeit wegen Vernachlässigung der vorgeschriebenen Formen als etwas Sträfliches zu betrachten ist.

*) Vgl. Muther a. a. O. §. 44.

ist diesen Rechtsmitteln eine unterbrechende Kraft nicht abzusprechen [647]); und bei denjenigen Dienstbarkeiten, die einen in der Lage der Grundstücke begründeten Besitz gestatten, werden sie für die Unterbrechung der Dienstbarkeitsverjährung sehr wichtig sein. Auch die von Justinian für die Einsprüche gegen den Lauf der Verjährung vorgeschriebene Form (vgl. Th. 1. §. 129.) wird in dieser Beziehung Bedeutung erlangen können.

D.

Beweisführung.

§. 216.

Von der Beweisführung in Beziehung auf die erwerbende Verjährung der Dienstbarkeitsrechte spricht Ulpian in der l. 10. D. si serv. vind. 8. 5., wo gesagt wird, der vieljährige Besitzer eines Wasserleitungsrechts sei durch eine utilis actio zu schützen „ut ostendat, per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse.“ Daraus hat man ableiten wollen (vgl. Arch. f. civ. Prax. Bd. 4. S. 89 fgg.), daß der, welcher sich auf Verjährung beruft, nicht nur den Besitz beweisen müsse, sondern auch die rein verneinende Behauptung, daß der Besitz weder gewaltsam, noch auch heimlich, noch vergünstigungsweise ausgeübt worden sei, was doch den allgemeinen Grundsätzen entgegen ist, welche bei rein verneinenden Behauptungen die Vermuthung für den Behauptenden sprechen lassen, der eben deswegen vom Beweise frei ist [Seuffert Arch. X. 73.] [647a]).

---

647) L. 2. C. de serv. 3. 34. „.... Quodsi ante id spatium eius (nämlich aquae) usus tibi interdictus est, frustra sumtus in ea re factos praestari tibi postulas ....“ Betrachtet man den offenbaren Gegensatz mit dem Anfange der Stelle, so ist nicht zu bezweifeln, daß hier ein tempore quaerere nicht eintreten soll; unstreitig wegen des interdicere.

647a) S. Kori Arch. f. civ. Prax. Bd. 8. p. 90—106. Die Hauptstellen sind L. 2. D. de prob. 22. 3. cap. 23. X. de prob. 1. 6. [Daß aber der Beweis einer Negative weder unmöglich, noch dem Römischen Rechte fremd sei, darüber vgl. Schmidt civ. Abh. p. 190. Der ganze Streit über die Beweislast in Betreff der Besitzfehler hätte übrigens erspart werden können, wenn man sich erinnert, daß der processualische Beweis kein mathematischer ist. Ein practischer Unterschied besteht deshalb gar nicht zwischen der Meinung des Verf. (vgl. v. Vangerow Pand. I. p. 872.) und derer, die dem Prä-

Es ist in der That nicht nothwendig, daß man aus der l. 10. cit. eine so ausschweifende Folgerung ziehe. Genau genommen sagt die Stelle nichts weiter, als daß derjenige, welcher sich auf Verjährung beruft, Besitzhandlungen nachzuweisen habe, welche aber weder als offene Störung, noch als Verheimlichung erscheinen, noch auch in Folge einer Vergünstigung ausgeübt sein dürfen. Gesetzt also, Jemand bewiese, daß er auf eine ganz ungewöhnliche Weise zur Nachtzeit den Besitz ausgeübt, oder daß er die Schleußen gewaltsam geöffnet habe, so wäre die Beweisführung für mißlungen zu achten[647b]). Eben so wenn Jemand zum Beweise seines Besitzes eine Urkunde vorbringen wollte, aus welcher hervorgeht, daß er die Bewässerung geübt, zugleich aber auch, daß er sie bloß vergünstigungsweise (precario) geübt habe. Das alles ist ganz in der Ordnung. Wenn aber die nachgewiesenen Besitzhandlungen von der Art sind, daß sie weder als gewaltthätige, noch als heimliche erscheinen, noch auch als solche, die bloß vergünstigungsweise geübt sind, so ist nicht abzusehen, warum darüber noch ein besonderer Beweis verlangt werden sollte. Glaubt der Gegner solche Mängel nachweisen zu können, so mag er darüber einen Gegenbeweis führen[647c]). Eben so wenig kann von dem Verjährenden ein besonderer Beweis seiner Redlichkeit verlangt werden, insoferne diese nach den Grundsätzen des kirchlichen Rechts für unentbehrlich zu achten ist; aber wenn sich aus seiner Beweisführung selbst die Unredlichkeit ergiebt, so ist sie natürlich mißlungen. Unerläßlich ist der Nachweis, daß die

---

scribenten das onus probandi auflegen. Ja Hasse stellt hier sogar höhere Forderungen (eine öffentliche Ausübung) als diese. S. dag. Busch a. a. O. p. 255 f.].

647 b) Gesetzt, die Benutzung der Dienstbarkeit wäre im Allgemeinen heimlich geschehen, man könnte aber beweisen, daß sie dem Gegner nicht verborgen geblieben sei, so wäre der Vorwurf der heimlichen Ausübung beseitigt. (Anm. 638.) Dagegen ist natürlich ein im Allgemeinen verheimlichter Besitz bis zum Beweise des Gegentheils auch in Bezug auf den Gegner als heimlicher anzusehen.

647 c) Auch in Betreff des interdictum de itinere läßt sich aus L. 1. §. 4. D. de itin. 43. 19. nachweisen, daß der Interdicent nicht nöthig hat, die Fehlerlosigkeit des Gebrauches darzuthun. Stärker als diese Analogie ist der Beweis aus der Natur der Sache. vgl. Albert Ueb. d. Bes. unkörp. Sach. p. 96 ff.

Ausübung in der Absicht, sich ein Recht beizulegen, Statt gefunden habe. Indeß genügt auch hier die Darlegung von Umständen, welche eine andere Deutung nicht wohl zulassen, wenn gleich im Zweifel die Vermuthung dafür spricht, daß man sich kein Recht habe herausnehmen wollen[647d]).

Auch die fortdauernde Ausübung der Dienstbarkeit muß bewiesen werden, und es möchte wohl nicht genügen, wenn der Verjährende den Anfang der Ausübung darthut und außerdem zeigt, daß am Ende der Verjährungszeit die Ausübung ebenfalls Statt gefunden hat. Bei einem seiner Natur nach fortdauernden Besitze, wie der Eigenthumsbesitz ist, mag dieses ausreichen; die Vermuthung wird hier auf eine sehr natürliche Weise das Fehlende ergänzen. Dasselbe mag bei solchen Dienstbarkeiten gelten, deren Besitz auf ähnliche Weise als ein ununterbrochener zu betrachten ist. So z. B. muß es genügen, wenn nachgewiesen wird, daß eine tigni immissio vor zehn oder zwanzig Jahren bestanden hat, und daß sie noch besteht. Der Gegner mag dagegen darthun, daß in der Zwischenzeit eine Unterbrechung Statt gefunden habe. Bei einem an sich ganz unzusammenhängenden Besitze, wie er bei der Ausübung eines Wegerechts oder bei Bewässerungen vorkommt, wäre aber eine auf bloßer Vermuthung beruhende Verknüpfung so entfernter Punkte schwerlich zu rechtfertigen, indem ja die bloße Nichtausübung innerhalb eines so langen Zwischenraums schon genügen würde, um eine Unterbrechung herbeizuführen. Wer sich also auf Verjährung beruft, der muß beweisen, daß er innerhalb der Verjährungszeit die Dienstbarkeit so oft ausgeübt habe, daß der zwischen den einzelnen Ausübungen liegende Zeitraum nicht groß genug ist, um als eine ungewöhnliche Vernachlässigung zu gelten*).

647 d) Mevius Decis. IX. 165. „In dubio quidem aliquis familiaritatis et amicitiae potius quam servitutis iure usus praesumitur; ideo huius modus tanto clariore fide eget.“ Der entgegengesetzten Ansicht ist Leyser Med. ad Pand. spec. 451. m. 10; er verwechselt hier jedoch die Vermuthung für die Ordnungsmäßigkeit und für das Dasein des Besitzes. [Seuffert Arch. IX. 133. 134.]

*) A. M. Muther a. a. O. §. 46., wo indessen der Unterschied zwischen den servitutes continuae und discontinuae zu wenig beachtet wird; s. auch Seuffert Arch. II. 141.

Drittes Hauptstück.

Von der Aufhebung der Dienstbarkeitsrechte durch Verjährung.

I.

Zur Einleitung.

§. 217.

Daß eine durch Verjährung bewirkte Veränderung des Eigenthums die auf einer Sache haftenden Dienstbarkeitsrechte nicht beeinträchtigt, ist gewiß [648]). Es giebt aber eine von der Eigenthumsverjährung unabhängige und auf eigenthümlichen Voraussetzungen beruhende aufhebende Verjährung bei den Dienstbarkeitsrechten. Zur genaueren Kenntniß des Wesens dieser Verjährung ist eine Stelle des Gaius besonders wichtig [649]). Aus ihr ergiebt sich zunächst ein Unterschied zwischen einer Aufhebung der Dienstbarkeitsrechte, welche lediglich (omnimodo) durch Nichtgebrauch (*non uti*) bewirkt wird, und zwischen einer Aufhebung durch Ersitzung der Freiheit (*libertatem usucapere*). Die angeführten Beispiele machen diesen Unterschied deutlich. Die Aufhebung durch bloßen Nichtgebrauch erfolgt schon dadurch, daß die Dienstbarkeitsrechte nicht aus-

648) L. 44. §. 5. D. de usurp. 41. 3. „..... Ut enim ususfructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris ..... usucapione rei non perimitur." Unter dem usumfructum usucapere hat man hier die Vereinigung des ususfructus mit dem Eigenthume durch die usucapio rei zu verstehen.

649) L. 6. D. de S. P. U. 8. 2. „Haec autem iura (nämlich praediorum urbanorum) similiter, ut rusticorum quoque praediorum, certo tempore non utendo pereunt; nisi quod haec dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si aedes tuae aedibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum aedium officiatur, et ego per statutum tempus fenestras meas praefixas habuero vel obstruxero, ita demum ius meum amitto, si tu per hoc tempus aedes tuas altius sublatas habueris; alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item, si tigni immissi aedes tuae servitutem debent, et ego exemero tignum, ita demum amitto ius meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus (was höchst wahrscheinlich eine Aenderung Tribonian's ist, anstatt per biennium) ita habueris; alioquin si nihil novi feceris, integrum ius suum permanet."

geübt werden, während da, wo die Ersitzung der Freiheit erfodert wird, die Nichtausübung allein nicht genügt, wenn nicht zugleich eine die Ausübung ausschließende That (ein factum contrarium) erfolgt ist. Wichtig aber wird nun die Frage, in welchen Fällen der bloße Nichtgebrauch hinreiche, in welchen Fällen dagegen noch überdieß eine Ersitzung der Freiheit nöthig sei. Daß bei den persönlichen Dienstbarkeiten das Unterlassen der Ausübung hinreichend ist, erhellt zwar nicht aus der angeführten Stelle, es ist aber außer Zweifel, weil in Beziehung auf das Nießbrauchsrecht immer nur von dem non uti die Rede ist (vgl. l. 25. l. 28. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4.; Paul. S. R. III. 6. §. 30. u. s. w.). Was die dinglichen Dienstbarkeitsrechte angeht, so ist augenscheinlich, daß die angeführte Stelle des Gaius einen Unterschied zwischen städtischen und bäuerlichen Dienstbarkeiten voraussetzt. Beide sollen nämlich durch Nichtgebrauch erlöschen, aber die einen durch bloßen Nichtgebrauch, die andern, wenn zugleich eine Ersitzung der Freiheit hinzutritt. Als Fälle, welche eine Ersitzung der Freiheit erfodern, werden alsdann genannt die servitus altius non tollendi, die servitus ne luminibus officiatur und die servitus tigni immittendi, von denen wir zum Theil auch sonst wissen, daß die Ersitzung der Freiheit zur aufhebenden Verjährung nöthig war (von der servitus altius tollendi aus l. 7., l. 32. §. 1. D. de S. P. U. 8. 2. und l. 4. §. ult. D. de usurp. 41. 3.; von der servitus tigni immittendi aus l. 18. §. 2. D. quemadm. serv. am. 8. 6.). Alle diese Dienstbarkeitsrechte werden zu den städtischen gerechnet (l. 2—4. D. de S. P. U.). Dagegen ist bei allen dinglichen Dienstbarkeitsrechten, welche man zu den bäuerlichen zählt, immer nur ganz einfach von einem Nichtgebrauche die Rede[650]).

650) Pauli S. R. I. 17. §. 1. „Viam, iter, actum, aquaeductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur; nec enim ea usucapi possunt, quae non utendo amittuntur.“ Ulp. XIX. 1.; l. 1. D. de S. P. R. 8. 3. [Die Erklärung der ersten Stelle ist fraglich und bestritten. Die Meisten (s. auch Puchta Inst. II. §. 257. Not. s.) nehmen eine Corruption an. Zachariä a. a. O. p. 86 ff. bessert „remisisse“ für amisisse, dem Rudorff (krit. Jahrb. II. 326.) beistimmt; Wirth a. a. O. p. 18. will Statt amittuntur „omittuntur“ lesen, und interpretiert dann nach Rudorff's Vorschlage, die usucapio libertatis sei hier nicht nöthig, weil man mit dem Nichtgebrauche eben sein Recht im Stiche lasse. Ich halte diese Emendationen für überflüssig, die Annahme einer eigenthümlichen Remissionstheorie des Paulus für un-

Die im Römischen Rechte gemachte Unterscheidung ist auch nichts weniger als willkürlich, denn es ist bereits (§§. 192. 193.) gezeigt worden, daß in Beziehung auf die Beschaffenheit des Besitzes ein wesentlicher Unterschied zwischen städtischen und bäuerlichen Dienstbarkeiten Statt findet. In Ansehung der ersteren ist nämlich der Besitz gewissermaßen als ein ausschließender zu betrachten, mithin einem wirklichen (Eigenthums-) Besitze zu vergleichen. So wie nun für den wirklichen Besitz die Regel gilt, daß ein bloßes Unterlassen der Ausübung keine Besitzlosigkeit erzeugt, so lange nicht eine entgegengesetzte Thatsache (factum contrarium) eingetreten ist, so auch bei einem auf die Ausübung einer servitus praedii urbani gerichteten Besitze. Dieses factum contrarium ist aber eben dasjenige, wodurch sich die Freiheitsersitzung von der Verjährung durch bloßen Nichtgebrauch auszeichnet. Bei der Ausübung einer servitus praedii rustici wird dagegen der Eigenthumsbesitz nur auf Augenblicke ausgeschlossen; so lange nämlich die Ausübung fortwährt. Der hier angenommene Besitz dauert daher nicht länger als die wirkliche Ausübung, und fällt mit dem Aufhören derselben weg; dadurch kommt die Sache, an welcher das Dienstbarkeitsrecht ausgeübt wird, von selbst in den Zustand der Freiheit, ohne daß es nöthig wäre, von der Freiheit gleichsam Besitz zu ergreifen *).

---

erweislich und verstehe die letzte Hälfte der Sentenz also „denn eine Freiheitsersitzung ist unmöglich, wo man durch den bloßen Nichtgebrauch sein Recht factisch schon ganz aus der Hand verliert.“ Die verschiedene Bedeutung, welche darnach dem amisisse (juristisch verlieren) und amittuntur beigelegt wird, dürfte gerade in einem Werke wie die sententiae am wenigsten Anstoß erregen. cf. Schilling Bem. p. 340. L. 167. pr. D. de R. I. 50. 17.]

*) Wir haben uns bereits oben p. 124. 126. gegen die Bezeichnung der städtischen Servituten als continuae, der bäuerlichen als discontinuae erklärt. Ebensowenig können wir dem heutzutage (s. v. Wening-Ingenheim Civ.-R. I. p. 382. Not. t. Göschen Vorl. §. 313. II. 1. p. 276. Puchta Pand. §. 190. Vorl. ebd. I. p. 369. Seuffert Pand. §. 180. I. p. 258. v. Vangerow Pand. I. p. 896. Brinz Pand. I. p. 279. Wirth a. a. O. p. 8 ff. u. A. m.) freilich herrschenden Satze beistimmen, daß bei jenen durchweg libertatis usucapio nöthig sei, bei diesen nicht. Es ist in der That nicht abzusehen, weshalb bei einer einem Hause zustehenden Wegegerechtigkeit die Ersitzung der Freiheit gefordert werden, bei einer rusticalen servitus altius non tollendi überflüssig sein sollte. L. 6. D. de S. P. U. stellt zwar eine scheinbar allgemeine Regel hin, doch muß man wohl beachten, daß Gaius

Fast unbegreiflich ist es, wie man auf den Gedanken kommen konnte, daß der hier berührte Unterschied des Verjährungsrechts mit der Eintheilung in res mancipi und nec mancipi zusammenhange. Denn wie sollte es nicht auffallen, daß die servitutes praediorum rusticorum, welche res mancipi sind, mit den persönlichen Dienstbarkeitsrechten, welche es nicht sind, zusammengestellt werden, während beiden die servitutes praediorum urbanorum, welche ebenfalls keine res mancipi sind, gegenüber stehen? Nie ist diese Ansicht die meinige gewesen, obgleich Hülsemann (diss. cit. pag. 7.) mich als einen Vertheidiger derselben aufführt. Offenbar hat er meine Schrift über Verj. durch fortges. Besitz mit Thibaut's Bes. und Verj. (vgl. §. 8. dieser Schrift) verwechselt.

§. 218.

Andere haben andere Ansichten[651]). Einige unterscheiden zwischen Dienstbarkeitsrechten, die nicht ohne Voraussetzung einer gewissen Anstalt ausgeübt werden können (sogenannten servitutes qualificatae), und zwischen solchen, die eine dergleichen

---

hier nur von den in L. 2. D. eod. aufgezählten Dienstbarkeiten handelt (vgl. auch Wirth a. a. O. p. 16.), bei denen der Inhalt der Servitut in der Erhaltung eines bestimmten Zustandes des herrschenden oder dienenden Grundstücks besteht. So wird namentlich bei der servitus oneris ferendi, wo sich noch am ersten von einem eigentlichen Benutzen sprechen läßt, in L. 33. D. eod. folgende lex aedium erwähnt, „paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit." (vgl. Böcking Pand. §. 160. Not. 15.). Bei den gewöhnlichen Rusticaldienstbarkeiten erscheint dagegen die etwaige Vorrichtung z. B. ductus aquae nur als Mittel der Ausübung, das wahre Object der Berechtigung ist das aquam ducere. Zwischen non usus und libertatis usucapio herrscht daher wirklich ein vollständiger Parallelismus, und es bleibt mindestens eine Ungenauigkeit, mit Luden a. a. O. p. 186. bei einer Wegegerechtigkeit neben jenem auch die letztere zulässig zu halten. Auch ergiebt sich daraus, daß man nicht wie Thibaut Pand. §. 316. die Freiheitsersitzung für alle negativen Servituten verlangen darf, da ihnen nicht durchweg bloß durch die vertragswidrige Gestalt der praedia, sondern auch schon durch ein einfaches facere entgegen gehandelt werden kann. Angedeutet ist die hier vertheidigte Meinung schon bei Arndts Pand. §. 194. — Gegen die Annahme einer libertatis usucapio gegen die servitus altius tollendi und die ihr ähnlichen Bildungen s. Rudorff a. a. O. p. 327. Elvers a. a. O. p. 365. Wirth a. a. O. p. 57 f.

651) Vgl. Höpfner Comm. §. 368. Nro. 3.; Glück Erl. d. Pand. Bd. 10. S. 264. Anm. 48—50. [Zachariä a. a. O. p. 70 ff.]

Anstalt nicht nöthig haben (sogenannten servitutes non qualificatae); die letzten sollen durch bloßen Nichtgebrauch erlöschen, die ersten nur durch Ersitzung der Freiheit*). Gehört denn aber die servitus altius non tollendi, die doch entschieden nur durch Freiheitsersitzung erlöschen kann, zu den servitutes qualificatae? Und umgekehrt, werden nicht die Wasserleitungsgerechtigkeit und das Straßenrecht (via), obgleich sie durch bloßen Nichtgebrauch erlöschen können, zu den servitutes qualificatae zu rechnen sein? — Andere knüpfen den Unterschied zwischen der Verjährung durch Nichtgebrauch und der Freiheitsersitzung an die bei den Dienstbarkeitsrechten vorkommende Verschiedenheit der servitutes quae in patiendo und der servitutes quae in non faciendo consistunt. Dieses führt in Ansehung der persönlichen Dienstbarkeitsrechte, so wie in Ansehung der servitutes praediorum rusticorum zu demselben Ergebnisse, weil diese Rechte sich jedesmal auf ein pati beziehen. Aber bei den servitutes praediorum urbanorum tritt eine Verschiedenheit hervor, denn diese sind bald auf ein pati, bald auf ein non facere gerichtet. Von der letzten Art ist namentlich die servitus altius non tollendi, und hier müßte demnach der bloße Nichtgebrauch zur Verjährung genügen. Bekanntlich sagt aber die l. 6. D. de S. P. U. (s. Anm. 649.) das Gegentheil, wodurch diese Meinung hinlänglich widerlegt wird. Ein eigenthümlicher Grund Hülsemann's (diss. cit. p. 8. 9.), als liege in dem Ausdrucke „omnimodo," welcher in der angeführten l. 6. vorkommt, eine Andeutung, daß nicht alle servitutes praediorum urbanorum an die Nothwendigkeit der Freiheitsersitzung gebunden seien, findet in der schon oben vorgetragenen richtigen Erklärung jenes Ausdrucks seine Erledigung*).

**) So neuerdings Heimbach a. a. O. p. 326 f.

*) Für alle Prädialservituten mit alleiniger Ausnahme von actus, iter, via, aquaeductus und aquaehaustus fordert die libertatis usucapio Zachariä a. a. O. und Elvers a. a. O. p. 372 ff. Der Grund, daß nur bei den erwähnten Dienstbarkeiten der non usus ausdrücklich genannt sei, will nicht viel bedeuten, da sie überhaupt die am häufigsten vorkommenden sind. Bedenken möchte die der Klagverjährung analoge Natur des letzteren zu einer Zeit, wo die actiones regelmäßig noch perpetuae waren, erregen. Das wird indessen nicht beseitigt, wenn man auch den Umfang seiner Anwendbarkeit möglichst verengt. Zudem verträgt sich die Meinung von Zachariä gewiß nicht mit L. 6. D. de S. P. U., welche die servitutes rusticae allgemein als durch non usus untergehend bezeichnet. Denn darf man die

§. 219.

Wie die Verjährungsweisen eingeführt worden, davon erfahren wir weder in den vorhin angeführten Stellen etwas, noch geben andere darüber Aufschluß. Wenn man annehmen darf, daß die zwölf Tafeln überhaupt nichts von Dienstbarkeitsrechten wußten, so folgt von selbst, daß auch die Aufhebung dieser Rechte durch Verjährung jüngeren Ursprungs ist. Ob die Einführung durch Gesetz oder durch wissenschaftliche Fortbildung des Rechts (iure civili) erfolgt ist, läßt sich nicht mit völliger Sicherheit entscheiden; es ist aber nicht unwahrscheinlich, daß es kein besonderes Gesetz darüber gegeben hat*). Die Erkenntniß der Zweckmäßigkeit mochte leicht zu einer ausdehnenden Anwendung der usucapio zu berechtigen scheinen. Eine Anschließung an das Recht der usucapio ist nicht zu verkennen. Die Zeit ist ja dieselbe; das Dienstbarkeitsrecht an beweglichen Sachen geht nach Jahresfrist verloren, an unbeweglichen Sachen nach Ablauf der doppelten Zeit (vgl. Paul. S. R. III. 6. §. 30., l. 17. §. 1. 2., l. 16. pr. C. de usufr. 3. 33.; l. 13. C. de serv. 3. 34.). Selbst der Name ist wenigstens bei der einen Abart dieser aufhebenden Verjährung, wo von einem libertatem usucapere gesprochen wird, beibehalten. Die Zeit bestimmen zu wollen, in welcher das Recht der usucapio sich auf solche Weise erweitert hat, würde gewagt sein. Da uns gesagt wird, das Scribonische Gesetz habe zwar die erwerbende Verjährung bei den

---

Stelle gleich auf die Gerechtigkeiten beschränken, welche gewöhnlich als ländliche, seltener als städtische bestellt wurden, so konnten doch die Compilatoren unmöglich — angenommen daß Gaius nicht mehr als jene fünf kannte — eine so geringe Zahl unter dem jetzt viel zu weit gewordenen Ausdrucke begreifen. vgl. Puchta Vorl. §. 190 a. E. — Ich glaube, daß der Gegensatz zwischen non usus und usucapio libertatis kein ursprünglicher war, und anfänglich selbst bei den Weg- und Wasser-Servituten der Gesichtspunkt der Freiheitsersitzung vorherrschte. Dafür spricht wenigstens, daß der Nießbrauch non utendo bald in einem, bald in zwei Jahren erlosch. (L. 13. C. de serv. 3. 34.) Erst später, als das Moment des Verlierens über das des Erwerbens die Oberhand erhielt, erfolgte die Trennung. Vgl. auch Rudorff krit. Jahrb. a. a. O. p. 326 ff. Auf das non uti scheint auch bei der libertatis usucapio das Hauptgewicht zu legen Brinz Pand. I. p. 279.

*) Wider die entgegengesetzte Meinung von Zachariä s. Rudorff a. a. O. p. 327.

Dienstbarkeitsrechten, nicht aber die aufhebende abgeschafft (l. 4. §. 29. D. de usurp. 41. 3.), so ist anzunehmen, die aufhebende Verjährung sei älter, als das Scribonische Gesetz; damit wissen wir aber um nichts mehr, weil das Alter des Scribonischen Gesetzes ungewiß ist.

§. 220.

Dieser Zusammenhang zwischen der Aufhebung der Dienstbarkeitsrechte durch Verjährung und zwischen der usucapio bringt es mit sich, daß die Wirksamkeit dieser Verjährung nicht etwa bloß durch Vermittelung der prätorischen Hülfe (auf dem Wege der exceptio) eintritt, sondern geradezu (ipso iure) sich äußert. So wird auch allenthalben von dem Nichtgebrauche als von einer unmittelbaren Aufhebungsart der Dienstbarkeitsrechte gesprochen, z. B. in der l. 6. D. de S. P. U. 8. 2., wo von diesen Rechten gesagt wird: non utendo pereunt*).

§. 221.

Ob die Aufhebung der Dienstbarkeitsrechte durch einjährigen oder zweijährigen Zeitablauf auch bei den Provinzialgrundstücken Anwendung fand, kann bezweifelt werden**). Vielleicht dürfte der Umstand, daß diese Verjährungsart sich an die usucapio besonders durch die Gleichheit der erfoderlichen Zeiträume anschließt, und überhaupt als eine Fortbildung der usucapio zu betrachten ist, uns zu der Annahme berechtigen, daß auch sie eben so wohl, wie ihre Quelle, die rei usucapio, bei den praedia provincialia unstatthaft ist. Wäre dieses der Fall gewesen, so würde natürlich bei ihnen der Mangel einer schlechthin aufhebenden Verjährung durch die Anwendung der longi temporis praescriptio zum Schutze gegen Ansprüche auf Dienstbarkeitsrechte genügend ersetzt worden sein. Außerdem war natürlich eine longi temporis praescriptio gegen Dienstbarkeitsansprüche ganz überflüssig, da man schon vor Einführung der l. t. praescriptio ein schneller zum Ziele führendes Schutzmittel in dem der usucapio nachgebildeten Verjährungsrechte hatte; es wird auch nirgends in unseren Quellen die l. t. pr. in dieser beson-

---

*) A. M. Zachariä s. jedoch Rudorff a. a. O. p. 326.

**) Bestimmt läugnet es Puchta Inst. §. 257.

deren Beziehung auf Dienstbarkeitsrechte erwähnt, was freilich noch kein hinreichender Beweis ist, daß sie nicht wenigstens bei den praedia provincialia, so lange diese eines besonderen Rechtes genossen, Statt gefunden habe. Wie dem auch sei, so wird es gewiß gebilligt werden, wenn ich die Anwendung der reinen longi temporis praescriptio zum Schutze gegen die Dienstbarkeitsrechte, die denn doch für das Justinianische Recht auf keinen Fall mehr Bedeutung hat, ganz bei Seite gestellt lasse. Es versteht sich von selbst, daß bei Feststellung der besonderen Rechtssätze das bei der Aufhebung der Dienstbarkeiten durch Nichtgebrauch und durch Freiheitsersitzung geltende Recht als Vorbild dienen mußte.

§. 222.

Justinian's Gesetzgebung ist auch in dieser Lehre nicht ohne bedeutenden Einfluß geblieben, nur haben leider seine Verordnungen, wie auch sonst der Fall gewesen ist, manche streitige Rechtsfrage veranlaßt. Es werden namentlich l. 16. C. de usufr. 3. 33. und l. 13. C. de serv. 3. 34. näher zu beleuchten sein. Die erste Verordnung ist [vom 1. October] 530. (also älter als die l. un. C. de usuc. transf.), die zweite vom 18. October (XV. Kal. Nov.) 531. (also von demselben Tage wie die l. un. cit., wenn die Unterschriften richtig sind).

1. L. 16. C. de usufr. 3. 33. „Corruptionem ususfructus multiplicem esse veteribus placuit, vel morte usufructuarii, vel capitis deminutione, vel non utendo, vel aliis quibusdam non ignoratis modis. Sed de usufructu quidem hoc indubitatum fuerat; de personali autem actione, quae super usufructu nascitur, sive in stipulationem ususfructus deductus, sive ex testamento relictus est, dubitabatur; morte quidem usufructuarii et capitis deminutione eam tolli omnibus concedentibus, non utendo autem, si per annum vel biennium forsitan eundem usumfructum non petierit usufructuarius, si personalis actio tollatur, altercantibus. §. 1. Sed nos hoc decidentes sancimus, non solum actionem, quae de usufructu nascitur, sed *nec ipsum usumfructum non utendo cadere*, nisi tantummodo morte usufructuarii et ipsius rei interitu sed usumfructum, quem sibi aliquis acquisivit, hunc habeat, dum vivit, intactum, cum multae et innumerabiles causae rebus incidunt mortalibus, per quas homines iugiter detinere, quod

habent, non possunt; et est satis durum per huiusmodi difficultates amittere, quod semel possessum est, *nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicabat, poterat eum praesentem vel absentem excludere.*“

2. L. 13. C. de serv. 3. 34. „Sicut usumfructum, qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus huiusmodi sustinere compendiosum interitum, sed et ei decennii vel viginti annorum dedimus spatium, ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, *ut omnes servitutes non utendo amittantur*, non biennio, quia tantummodo soli rebus annexae sunt, sed *decennio contra praesentes, vel viginti annorum spatio contra absentes*, ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, differentiis explosis.“

§. 223.

Als entschieden mag angenommen werden, daß es bei diesen Verordnungen um eine Verlängerung der für die Aufhebung der Dienstbarkeitsrechte erfoderlichen Verjährungszeit zu thun war, welche bis dahin ein Jahr oder zwei Jahre betragen hatte, jetzt aber bis zu zehn oder zwanzig Jahren ausgedehnt werden sollte. Die l. 13. C. cit. drückt sich darüber deutlich genug aus. Dagegen verdient kaum eine Berücksichtigung die Meinung derjenigen, welche glauben, daß die Schlußworte der l. 16. C. de usufr. („nisi talis exceptio ..... excludere“) auf die usucapio zu deuten seien, gleichsam als ob gesagt wäre, wenn nicht eine exceptio usucapionis (scil. libertatis a servitute) entgegengestellt werden könne. Nach dieser Erklärung wäre durch die l. 16., was das Erfoderniß des Zeitablaufs anbelangt, nichts geändert, sondern die Veränderung bestände bloß in der Verwandlung der rein erlöschenden Verjährung, welche früher gegolten hatte, in eine usucapio libertatis. Erst aus der l. un. C. de usuc. transf. wäre eine Veränderung in der Zeitdauer abzuleiten, die nun freilich für den Nießbrauch an unbeweglichen Sachen zu dem Erfodernisse eines zehn- oder zwanzigjährigen Zeitablaufs hingeführt, bei beweglichen Sachen aber bloß eine Ausdehnung der einjährigen Zeitdauer auf drei Jahre hervorgebracht haben würde. Wie war es möglich, in der l.

16. C. cit. den offenbar die Absicht einer Zeitverlängerung aussprechenden Gesetzesgrund („cum multae et innumerabiles causae rebus incidunt mortalibus, per quas homines iugiter detinere, quod habent, non possunt") so ganz und gar zu übersehen! Noch entscheidender ist, daß die am Schlusse der Stelle erwähnte „exceptio" schon deswegen nicht die exceptio usucapionis sein kann, weil dabei der Unterschied zwischen Anwesenheit und Abwesenheit angedeutet wird („quae, etiam si dominium vindicabat, poterat eum *praesentem vel absentem* excludere"), ein Unterschied, der nothwendig auf die longi temporis praescriptio hinführt. Auch der Umstand, daß es ganz ungewöhnlich ist, die Verjährung durch usucapio als eine „exceptio" zu erwähnen, hätte bedenklich machen sollen. Zur Bestätigung dieser richtigen Erklärung der l. 16. sich auf die Basiliken (XVI. 8. c. 39.), zu berufen, scheint unter diesen Umständen ziemlich überflüssig [652]). Wir kommen zu den wirklichen Schwierigkeiten.

§. 224.

Zuvörderst kann in der That zweifelhaft erscheinen, ob der Unterschied zwischen einer Verjährung durch bloßen Nichtgebrauch und einer Freiheitsersitzung durch Justinian's Verordnungen aufgehoben sei. Diese Schwierigkeit wird veranlaßt durch die Art, wie die l. 13. C. cit. sich ausdrückt, indem sie verordnet „ut omnes servitutes non utendo amittantur ...... decennio contra praesentes, vel viginti annorum spatio contra absentes." *) Wird hier nämlich auf den Ausdruck „non utendo" ein besonderes Gewicht gelegt, so scheint es, daß jetzt alle Dienstbarkeitsrechte durch bloßen Nichtgebrauch erlöschen sollen. Dieses behaupten auch Viele [653]). Dennoch möchte die entge-

652) Vgl. Glück Erl. d. Pand. Bd. 9. S. 368. und die dort angeführten Stellen aus neueren rechtswissenschaftlichen Schriften. [Vgl. auch Arndts Pand. §. 194. Anm. 2. v. Vangerow Pand. I. p. 896. 897.]

*) Vgl. Puchta Pand. §. 189. Not. m. „Justinian erwähnt auch zwanzig Jahre inter absentes, dieß heißt (wenn es nicht als ein gedankenloses Herübertragen einer hierher gar nicht passenden Bestimmung angesehen werden soll): der durch Abwesenheit an der Ausübung Gehinderte hat (statt etwaiger Restitution) diesen den Untergang erschwerenden Vorzug."

653) Z. B. Walch, Mallinkrott, Haubold (s. Glück Erl. d. Pand. Th. 10. S. 264. Anm. 48.), Stever (de serv. praed. cap. 8. §. 4. a. E.).

gengesetzte Meinung den Vorzug verdienen, denn man erkennt bei genauer Erwägung der Stelle in ihrem ganzen Zusammenhange sehr bald, daß es bei dieser Verordnung lediglich darum zu thun war, die Verschiedenheit in Ansehung der Verjährungszeit zu beseitigen, welche seit der l. 16. C. de usufr. bestand, indem das Nießbrauchsrecht nur durch zehn- oder zwanzigjährige Verjährung aufgehoben werden konnte, während die dinglichen Dienstbarkeitsrechte noch immer einer zweijährigen Verjährung unterworfen waren. Auf diese Ausgleichung weiset auch der Schluß der Stelle hin („ut sit in omnibus huiusmodi rebus causa similis, differentiis explosis"), der keinesweges so verstanden werden darf, als ob alle nur irgend Statt findenden Verschiedenheiten aufgehoben werden sollten. Der Zweifel, der durch den Ausdruck „ut omnes servitutes non utendo amittantur" erzeugt wird, hebt sich durch die Bemerkung, daß man auch bei denjenigen Dienstbarkeitsrechten, welche durch Freiheitsersitzung verloren gehen, von einem Erlöschen durch Nichtgebrauch sprechen kann, wie aus l. 6. D. de S. P. U. (s. Anm. 649.) zu sehen ist; nur daß der bloße Nichtgebrauch keinesweges genügt, wenn nicht zugleich die Bedingungen der Freiheitsersitzung vorhanden sind. Für die von mir vertheidigte Meinung spricht auch, daß in die Digesten die Stellen, welche von der Freiheitsersitzung sprechen, mit aufgenommen worden sind, und folglich die Vermuthung, daß sie geltendes Recht enthalten, für sich haben [654]).

§. 225.

Eine andere Schwierigkeit betrifft insbesondere das Nießbrauchsrecht. Vor Justinian's Verordnungen erlosch es durch

654) Die hier entwickelte Ansicht ist bereits von Eberh. Otto (de usuc. servit. c. 1. §. 14.) recht gut auseinander gesetzt. Uebrigens ist sie die gewöhnliche (s. Glück Erl. d. Pand. Th. 10. S. 265. Anm. 50.), und noch neuerlich haben sich Mackeldey (Lehrb. §. 348.) und Mühlenbruch (doct. Pand. T. II. §. 402.) zu ihr bekannt. Merkwürdig ist es, daß man sogar schon behauptet hat, es sei bei allen servitutes praediorum eine Ersitzung der Freiheit nothwendig (s. Höpfner Comm. §. 368.). Aber die Berufung auf l. 13. C. de serv. begründet freilich eben so wenig einen Beweis, als die angeführte Entscheidung des Oberappellationsgerichtes zu Darmstadt. [Entschieden ist die Ansicht des Verf. jetzt die herrschende vgl. namentl. die Ausführungen bei Hoffmann Serv. II. §. 118. p. 213 ff. und v. Vangerow

Nichtgebrauch, und zwar geradezu (ipso iure). Die l. 16. C. de usufr. 3. 33. sagt dagegen „nec ipsum usumfructum non utendo cadere .... nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicabat, poterat eum praesentem vel absentem excludere.“ Hier ist den Worten nach die Aufhebung durch Nichtgebrauch abgeschafft, und die longi temporis praescriptio (denn nur an diese ist bei dem letzten Zusatze zu denken, wie schon die Unterscheidung zwischen Anwesenheit und Abwesenheit beweist) als alleiniges Schutzmittel an die Stelle gesetzt. Diese Veränderung enthält, streng genommen, eine Menge von Veränderungen in sich, unter denen freilich die Aenderung der Verjährungszeit die auffallendste ist. Außerdem wäre zu folgern: 1) Die Aufhebung des Nießbrauchsrechts würde nun nicht mehr geradezu (ipso iure), sondern auf dem Wege der Einrede erfolgen. 2) Da die longi temporis praescriptio durch den Besitz desjenigen, dem der Ablauf der Verjährungszeit zu Gute kommen soll, nothwendig bedingt ist, so bedürfte es nun auch bei dem Nießbrauchsrechte einer Art von Freiheitsersitzung. 3) Während die Aufhebung des Nießbrauchsrechts im früheren Rechte nach den Grundsätzen der usucapio ausgebildet war, so müßte das bei der l. t. praescriptio geltende Recht eintreten. Es würde z. B. beim Anfange eines Rechtsstreits sogleich der Fortgang derselben unterbrochen werden (s. Th. 1. §. 126.).

Unter diesen der Strenge nach anzunehmenden Veränderungen wäre dann unstreitig die zweite die wichtigste, denn es fragt sich, ob der Eigenthümer von dem Nichtgebrauche des Nießbrauchsberechtigten einen Vortheil haben kann, wenn er seinerseits ebenfalls sich nicht um den Besitz der Sache bekümmert hat. Am gleichgültigsten ist die erste, weil sie bei dem veränderten Gange des Verfahrens schon im Justinianischen Rechte an und für sich keinen Einfluß mehr auf die Anwendung hat.

Daß bei dem Erlassen der Verordnung an alle diese entfernteren Folgen, zu denen der Wortsinn hinleiten würde, nicht gedacht worden ist, wird man gewiß sehr wahrscheinlich finden, wenn man bedenkt, wie ausführlich sonst in den Justinianischen

---

Pand. §. 357. Anm. p. 898. Nur Elvers a. a. O. p. 782. will der libertatis usucapio noch ihre alte Frist bewahren.]

Verordnungen die beabsichtigten Aenderungen angekündigt und gepriesen werden. Mit einer solchen bloßen Wahrscheinlichkeit können wir uns aber nicht begnügen, wenn wir jenen Folgerungen allen Anspruch auf Gültigkeit absprechen wollen; wir müssen bestimmte Beweise fodern. Einen solchen enthält die l. 13. C. de serv. (s. §. 222.)*). Nach der Art, wie die l. 16. C. de usufr. gesprochen hatte, sollte man glauben, daß von einem Erlöschen des Nießbrauchs durch Nichtgebrauch nun gar nicht mehr die Rede wäre. Aber nein! Die l. 13. verlängert die Verjährungszeit bei den dinglichen Dienstbarkeiten auf zehn oder zwanzig Jahre, damit alle Dienstbarkeiten gleichmäßig durch einen zehn- oder zwanzigjährigen Nichtgebrauch erlöschen. Also keine Spur einer Andeutung, als sei durch die l. 16. C. de usufr. etwas mehr geändert worden, als die Dauer der Verjährungszeit. Demnach scheint die Fassung der l. 16. dadurch veranlaßt zu sein, daß Justinian glaubte, den Ausdruck non usus, der an die ein- oder zweijährige Verjährungszeit erinnerte, völlig vermeiden, und auf die longi temporis praescriptio hinweisen zu müssen, bei der man nicht umhin konnte, an die Zeit von zehn oder zwanzig Jahren zu denken. Bei der Abfassung der l. 13. war man dagegen weniger engherzig, und trug kein Bedenken, den Ausdruck non uti von der verlängerten Verjährung zu gebrauchen. Darum nahm man auch keinen Anstand, die von einem Erlöschen des Nießbrauches durch non uti sprechenden Stellen ungeändert in die Digesten zu übertragen. (L. 126. §. 1. D. de V. O. 45. 1. L. 78. pr. D. de iur. dot. 23. 3. al.) Auch die Art,

*) Dieß räumt auch Puchta ein, der im Uebrigen der Meinung ist, Justinian habe in L. 16. cit. wirklich beabsichtigt, den Nießbrauch nur durch zehn- oder zwanzigjährige libertatis usucapio erlöschen zu lassen; an ihre Stelle sei dann in L. 13. ein eben so langer non usus gesetzt. Inst. §. 257 a. E. Vorl. Bd. I. §. 189. 190. p. 370. v. Buchholtz Vers. p. 193. glaubt, L. 13. C. berühre nur einen einzelnen Punkt aus L. 16., die Fristbestimmung, es behalte demnach für den Usufructus bei dem früheren Rechte der Freiheitsersitzung sein Bewenden. Dieß verträgt sich indessen doch nicht mit der Art, wie dort der Inhalt der L. 16. angegeben wird, und der Darstellung der Materie in den Pandecten. vgl. überhaupt Hoffmann Serv. II. §. 118. v. Vangerow Pand. I. p. 896 f. Elvers a. a. O. p. 780 f. Heimbach a. a. O. p. 327 ff.

wie die Basiliken den Inhalt der l. 16. cit. angeben, ist nicht zu übersehen. Dort heißt es (XVI. 8. c. 39.):

„Ἡ διάταξις κελεύει χρῆσιν πράγματός τινος χρεωστουμένην τινι, μὴ φθείρεσθαι τῇ ἀχρησίᾳ διὰ δύο ἐνιαυτῶν, ἀλλὰ δέκα ἢ εἴκοσι ἐνιαυτοῖς.“ (Haec constitutio praecipit, usumfructum rei alicuius, debitum alicui, non corrumpi non utendo per biennium, sed decem vel viginti annis).

Also auch hier keine Ahnung, daß diese Verordnung etwas anderes als die Zeitdauer betroffen habe.

Die Art, wie die Justinianischen Institutionen sich über diesen Gegenstand ausdrücken, verdient eine besondere Berücksichtigung, weil man sehr gewöhnlich den §. 3. I. de usufr. 2. 4. zu Gunsten der entgegengesetzten Meinung geltend macht. Dort heißt es:

„Finitur autem ususfructus morte fructuarii et duabus capitis deminutionibus, maxima et media, et *non utendo per modum et tempus* (Theophilus erklärt dieses: τρόπῳ ῥητῷ καὶ ὡρισμένῳ χρόνῳ, was Reitz übersetzt: certo modo et constituto tempore): quae omnia nostra statuit constitutio.“

Die Worte „per modum“ sollen nämlich eine Andeutung enthalten, daß die angeführte Verordnung, welche keine andere als die l. 16. C. de usufr. sein kann, nicht bloß in der Zeit, sondern auch in den sonstigen Erfodernissen geändert habe. Noodt (de usufr. II. 9., opp. T. I. pag. 462.) meint jedoch, „per modum et tempus“ heiße nicht mehr und nicht weniger als „per modum temporis,“ während Hugo Donellus (comm. iur. civ. X. 17. §. 17.) das non uti per modum so erklärt „id est non ad eum modum, qui utenti in constituendo usufructu praestitutus est. Ut puta legatus est ususfructus aedium Titio ita ut aestate habitaret. Habitavit hieme.“ ⁜ Gewiß nöthigt uns nichts, den Worten „per modum“ die Bedeutung beizulegen, welche die Gegner ihnen geben. Warum sollen sie mehr sagen als, daß der Nichtgebrauch so beschaffen sein müsse, wie das Recht vorschreibt, damit er juristische Wirksamkeit habe? (vgl. §. 231.) ⁜ Andere finden in dem non usus per modum einen abusus, und sprechen deswegen von einer eigenen Art der Til-

gung des Nießbrauchsrechtes durch Mißbrauch; eine Meinung, die zu ungegründet ist, um einer Widerlegung zu bedürfen[655]).

II.

Zusammenstellung der für die aufhebende Verjährung der Dienstbarkeiten geltenden Rechtsgrundsätze.

A.

Wirksamkeit dieser Verjährung.

§. 226.

Die geschichtliche Erörterung hat ergeben, daß die aufhebende Verjährung der Dienstbarkeiten ursprünglich ipso iure wirksam ist (§. 220.); erst seit der l. 16. C. de usufr. kann dieses in Beziehung auf das Nießbrauchsrecht bezweifelt werden (vgl. §. 225.). Es wäre jedoch müßig, hier eine Veränderung annehmen zu wollen, die nicht nur heut zu Tage, sondern selbst schon zur Zeit jener l. 16. aller Bedeutung für die wirkliche Rechtsanwendung entbehrte. Dagegen wird zu bemerken sein, daß auf dem Wege der Verjährung auch eine theilweise Aufhebung der Dienstbarkeitsrechte möglich ist (vgl. Glück Erl. d. Pand., Th. 9. S. 376.). Bei den dinglichen Dienstbarkeiten ist dieß freilich nicht der Fall; dieß folgt schon aus ihrer Untheilbarkeit (l. 11. D. de serv. 8. 1.)*). Dagegen finden wir bei dem Nießbrauchsrechte, wo die Untheilbarkeit nicht hindert, die

---

655) Vgl. über diese Streitfrage Glück Erl. d. Pand. Bd. 9. S. 370 u. fgg., wo auch die Meinungen der verschiedenen Schriftsteller angeführt werden. Neuerlich ist Mühlenbruch (doctr. Pand. T. II. §. 402.) denjenigen beigetreten, welchen der non usus nicht genügt.

*) Die Möglichkeit einer theilweisen libertatis usucapio behauptet Elvers a. a. O. p. 778 f. Er übersieht dabei, daß z. B. die servitus altius non tollendi, weil sie jedes Höherbauen verbietet, auch durch einen Bau, der nicht schon „bis in die Wolken" reicht, vollständig verletzt wird. Das ist ja gerade der Gedanke African's in L. 26. pr. D. de exc. rei iud. 44. 2., daß die einzelnen Höhenabschnitte hier nicht in dem Verhältnisse gleichmäßiger Theile zu einander stehen, ebensowenig wie bei einer Wegegerechtigkeit die verschiedenen Schritte oder Ruthen. s. L. 8. §. 1. D. quemadm. serv. 8. 6.

Möglichkeit einer theilweisen Aufhebung, und zwar so, daß sowohl ein wirklicher (sinnlich nachzuweisender) Theil (certa pars), als auch ein bloß in Zahlenverhältnissen anzugebender Theil (pars pro indiviso) verloren gehen kann (l. 5. D. de usufr. 7. 1.; l. 25. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4., vgl. l. 14. ib.). Wenn jedoch das dienende Grundstück sich unter mehrere Besitzer vertheilt, so spaltet sich dadurch gewissermaßen die darauf haftende Dienstbarkeit in eben so viele besondere Dienstbarkeiten, als Theile sind, in welche das dienende Grundstück zerfallen ist*). Auf diese Weise kann es kommen, daß selbst ein dingliches Dienstbarkeitsrecht an dem einen Theile durch Verjährung erlischt, während es zum andern Theile bestehen bleibt; nur muß nicht die Ausübung, obwohl sie das eine Stück ganz unberührt läßt, dennoch als eine ganz vollständige Ausübung angesehen werden können. So z. B. übt derjenige, der ein Straßenrecht (via) auf einer Strecke von funfzig Schritten hat, sein Recht wirklich nicht im ganzen Umfange aus, wenn er bloß auf einer Strecke von dreißig Schritten die Straße benutzt, die übrige Strecke von zwanzig Schritten aber ganz unbefahren läßt. So lange freilich das dienende Grundstück in den Händen eines und desselben Herrn bleibt, behält er sein Straßenrecht auf der ganzen Strecke, bei eingetretener Theilung aber verliert er durch ferneren Nichtgebrauch sein Recht in Beziehung auf das nicht befahrene Stück. Anders ist es, wenn das Dienstbarkeitsrecht zwar auf der ganzen Strecke hin ausgeübt wird, aber so, daß immer nur auf der einen Seite der Straße gefahren wird. Hier bleibt selbst dann, wenn die Straße der Länge nach (per longitudinem) unter verschiedene Herren getheilt worden ist, das Straßenrecht in seiner vollen Wirksamkeit, und die unbefahrne Seite wird nicht frei. Auf ähnliche Weise kann bei einer Theilung des herrschenden Grundstücks, wenn von Seite des einen Theils die Dienstbarkeit ausgeübt wird, von Seite des andern Theils aber die Ausübung unterbleibt, die dingliche Dienstbarkeit zum einen Theile erlöschen, während sie zum andern Theile bestehen bleibt[656]).

**) Vgl. hierzu Elvers a. a. O. p. 848 ff.

656) L. 6. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. Vgl. Ant. Fabri coniect. iur. civ. lib. XIX. cap. 14. (Faber scheint [mit Recht wie der spätere Ausdruck „angustior via“ zeigt, s. auch Puchta Kl. civ. Schr. p. 113. El-

§. 227.

In der Regel erlöschen alle Dienstbarkeiten durch Verjährung, dingliche sowohl als persönliche. Aus besonderen Gründen finden wir jedoch Ausnahmen. 1) Bei dem Zugangsrechte zu einem Begräbnißplatze (iter ad sepulcrum). Daß dieses bei unterlassener Benutzung nicht verloren gieng, ist unläugbar (l. 4. D. quemadm. serv. am. 8. 6.); der Grund ist weniger im Klaren. Ich bin geneigt, ihn darin zu suchen, weil dieses Recht gleichsam als res religiosa angesehen wurde, obwohl ich recht gut weiß, daß strenge genommen ein solches Dienstbarkeitsrecht keine res divini iuris ist[657]. Donellus (comm. iur. civ. XI. 18. §. 21.) glaubt den Grund darin gefunden zu haben, weil ein solches Dienstbarkeitsrecht seinem Zwecke nach nur auf den außerordentlichen Fall sich beziehe, wo ein Todter zu bestatten ist. Dagegen läßt sich erinnern, daß sepulcrum eigentlich ein Platz ist, wo eine Leiche ruht (l. 2. §. 5. D. de relig. 11. 7.), wovon ein bloß für Begräbnisse bestimmter Platz (locus sepulturae destinatus), der gar nicht res religiosa ist, unterschieden

---

vers a. a. O. p. 849. Not. b.] zu glauben, dividere viam per longitudinem sei es, wenn der Weg quer durchschnitten wird; das wäre aber m. E. eine Theilung per latitudinem). Die l. 18. D. de S. P. R. 8. 3. könnte Bedenken erregen. Ulpian sagt „Una est via, etsi per plures fundos imponatur, cum una servitus sit.“ Hier muß aber mit Hülsemann (S. 15. s. auch Seuffert Arch. VII. 287.) an einen Fall gedacht werden, wo die mehrern Grundstücke einem und demselben Herrn gehören (so daß sie rechtlich betrachtet ein Grundstück sind), und wo nun dieser Herr ein Dienstbarkeitsrecht aufrichtet. [Die Unrichtigkeit dieser Erklärung folgt aus L. 31. D. eod., wo von einer Servitut, die über verschiedener Herren Grundstücke sich hinzieht, die Rede ist. Dennoch besteht zwischen L. 18. cit. und L. 6. §. 1. cit. kein Widerspruch. Die letztere sagt bloß, es werde bei einer Theilung des dienenden Grundstücks queer über den Weg fort gerade so gehalten, als ob der Weg über zwei von Anfang an getrennte praedia bestellt wäre; und, wie es sich dann verhält, zeigt eben L. 18. cit. Zwar deutet das „si vero“ erkennbar genug an, daß bei einer Theilung durch die Länge des Weges etwas Anderes gilt; allein den Inhalt dieses Unterschiedes erfahren wir erst in den Worten „Possunt tamen alterutrum fundum etc.“] — Uebrigens wird die von mir angenommene Ansicht durch die l. 9. §. 1. D. si serv. vind. 8. 5. bestätigt, wo es heißt „Qui . . . via . . . angustiore usus est, retinet servitutem . . . “

657) L. 14. §. 1. D. de serv. 8. 1. „Servitus itineris ad sepulcrum privati iuris manet; et ideo remitti domino fundi servientis potest; et acquiri etiam post religionem sepulcri haec servitus potest.“

werden muß. Auch bedarf man des Zugangs, um von Zeit zu Zeit nachzusehen, ob das Grabmal im Stande ist, um die nöthigen Ausbesserungen vorzunehmen, um Todtenopfer zu bringen u. s. w. Andere Ausnahmen treten ein 2) bei dem Nießbrauchsrechte, welches ein Jahr um das andere (alternis annis) verliehen ist[657a]) und 3) bei dem Rechte der freien Wohnung[657b]); denn daß dieß durch die L. 13. C. de usufr. 3. 33. geändert sei, läßt sich nicht annehmen[658]). Die Erklärung ist darin zu

---

657a) Die L. 28. D. quib. mod. ususfr. 7. 4. giebt als Grund an „quia plura sunt legata," ein Satz, der aus L. 13. D. de usu leg. 33. 2. und L. 1. pr. D. quando dies ususfr. 7. 3. bekannt genug ist. vgl. Cuiac. obs. XIV. 18. Natürlich gilt ein Gleiches, wenn der Nießbrauch etwa auf je drei oder mehrere Jahre verliehen ist, dann aber auf mehrere Jahre wegfallen soll. Nur würde es vor Justinian möglich gewesen sein, daß der bereits begründete Nießbrauch durch Ablauf von einem oder zwei Jahren erlosch. Wenn dann aber nach Ablauf der festgesetzten Pause gleichsam ein neuer Nießbrauch anfieng, so stand dem der frühere Nichtgebrauch nicht im Wege.

657b) L. 10. pr. D. de usu et hab. 7. 8. (Ulpian). Si habitatio legetur, an perinde sit, atque si usus? quaeritur. Et effectu quidem idem paene esse legatum usus et habitationis, et Papinianus consensit libro XVIII. Quaestionum. Denique donare non poterit, sed eas personas recipiet, quas et usuarius. Ad heredem tamen nec ipsa transit, nec non utendo amittitur, nec capitis deminutione. Bei Glück Erl. d. Pand. Th. 9. S. 468. findet sich die Meinung, daß die habitatio, wenn sie durch Vertrag entstanden ist, nichts Besonderes habe, und daher auch einer aufhebenden Verjährung unterliege. Die angeführte L. 35. §. ult. D. de m. c. donat. 39. 6. dürfte aber zur Begründung dieser Ansicht nicht genügen.

658) Thibaut war früher (Bes. u. Verj. §. 58.) dieser Meinung gewesen, weil die l. 13. C. cit. verordne, daß der habitator niemals mehr Rechte haben solle, als der Nutznießer. Er selbst nimmt aber (civ. Abh. S. 21.) diese Behauptung zurück. „Denn Justinian's Decision bestimmt .... über die Natur der habitatio im Allgemeinen nichts, und so gehen die Worte ut non antecellat usumfructum durchaus nur darauf, daß der habitator kein Eigenthum haben solle. Wäre aber die Decision über diesen Punkt auch zweideutig, so wird doch aller Zweifel dadurch gehoben, daß später durch die Pandekten unbedingt der Verlust der habitatio durch Nichtgebrauch verworfen ist, und daß man eine Aenderung der Digesten durch den Codex im Zweifel nie annehmen darf, besonders dann nicht, wenn die einzelne Constitution des Codex ein älteres Datum hat, als die Pandekten. Auf einem andern Wege hat Bultejus (comm. ad. Inst. II. 5. und iurisprud. Rom. l. I. c. 63. not. 10.) um jenen Unterschied wegzukommen gesucht. Er sagt nämlich, weil die habitatio doch eine Dienstbarkeit sei, Justinianus aber in l. 13. C. de serv. et aqua 3. 34. verordnet habe, ut *omnes servitutes* non utendo amittantur, so müsse nun auch von der habitatio dasselbe gelten. Allein erwägt man, daß der

suchen, daß die Befugniß der freien Wohnung nicht gleich dem Nießbrauchsrecht als ein zu einem Ganzen gestaltetes Recht angesehen wird [658a]), so daß mit jedem Augenblick die Befugniß als ein aus dem Vermächtniß (und warum nicht auch allenfalls aus einem Vertrage, wenn der Fall vorgekommen wäre) *) sich ergebender dinglicher Anspruch geltend gemacht werden kann **). Die auf allgemeineren Grundlagen beruhende dreißig- und vierzigjährige Verjährung ebenfalls auszuschließen, dürfte keine genügende Ursache vorhanden sein. —

Ausdruck servitutes vorzugsweise nur die Real-Servituten bezeichnet, (rubr. tit. Pand. de serv. 8. 1.; §. ult. I. de reb. corp. 2. 2.; §. 6. I. de usu 2. 5.), daß der tit. Cod. de serv. et aq. auch nur von solchen Dienstbarkeiten handelt, und daß die l. 13. C. cit. noch dazu älter ist als die Abfassung der Digesten: so ist die Falschheit jener Behauptung augenscheinlich." Uebrigens ist der ganze Zweck der l. 13. C. de serv. (vgl. §. 222.) gegen die Ansicht des Bultejus.

658a) L. 10. D. de cap. min. 4. 5. Legatum in annos singulos, vel menses singulos relictum, vel si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat; videlicet quia tale legatum in facto potius, quam in iure consistit. [Richtiger wird man eben nach dem Inhalt unseres Textes (vgl. v. Savigny Syst. §. 72. Not. i.) den Grund für diese Anomalie in der überwiegend factischen Natur der habitatio zu finden haben vgl. v. Savigny Syst. Bd. II. p. 110 ff. Elvers a. a. O. p. 631. Not. m. Der Grund, den Heimbach a. a. O. p. 324. für die Unverjährbarkeit der habitatio und (mit der ersten Ausgabe) des usus anführt, „daß diese Rechte — von jeder Erneuerung eines sich dazu zeigenden Bedürfnisses abhängen, also gleichsam immer wieder von Neuem entstehen," überspringt sein Ziel, da er auch für die Prädialservituten zum großen Theil gelten würde. Elvers will a. a. O. p. 633. die libertatis usucapio auch bei dem Wohnungsrechte zulassen. s. dag. Not. *) nach Anm. 650.].

*) Vgl. §. 5. I. de usu et hab. 2. 5. Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit — L. 13. C. de ususfr. et hab. 3. 33. — in omnibus modis (al. locis vgl. Herrmann in Kriegel Corp. iur. civ. Tom. II. p. 205. Not. 15.) quibus habitatio constitui potest. L. 32. D. de usufr. 7. 1. vgl. Böcking Pand. §. 168. Not. 3. wegen L. 32. cit. aber auch v. Savigny Syst. §. 72. Not. q.

**) Luden a. a. O. p 235. Not. 18. citiert hierfür noch L. 11. D. de usu leg. 33. 2.; allein so verstanden würde diese Stelle mit L. 15. pr. D. eod. in Widerspruch stehen; aber auch die Deutung von Elvers a. a. O. p. 625. Not. a. auf das Legat einer Geldsumme, um die Wohnungsmiethe daraus zu bestreiten, scheint unzulässig, theils wegen des Ausdrucks „legatum habitationis," theils wegen L. 12. §. 5. D. quando dies leg. 36. 2. — Wir beziehen L. 11. D. cit. auf ein ausdrücklich „in annos singulos" vermachtes Wohnungsrecht. so auch Böcking Pand. §. 168. Not. 26.

Als Ausnahme kann etwa auch noch der uneigentliche Nießbrauch (quasi ususfructus) angeführt werden, welcher bei den verzehrbaren Gegenständen und namentlich bei Geldsummen vorkommt[659]. Doch ist es auch wieder keine Ausnahme, weil das dingliche Recht, welches demjenigen, der solche Sachen zum Nießbrauch haben soll, daran eingeräumt wird, kein bloßes Dienstbarkeitsrecht, sondern wahres Eigenthum ist, welches natürlich bloß der Eigenthumsverjährung unterliegen kann[660]). Hieraus erklärt es sich, warum die Versicherungen, welche bei dem Empfange des Geldes u. s. w. von dem Empfänger hinsichtlich der künftigen Erstattung ausgestellt werden, so gefaßt wurden, daß darin der Fall des Todes und der capitis deminutio, nicht aber der Verlust durch Nichtgebrauch genannt sind[661]).

Bei dem usus findet keine Ausnahme Statt. Dieß ergiebt sich nicht sowohl daraus, daß im Allgemeinen gesagt wird, der usus erlösche auf dieselbe Weise wie der ususfructus, (pr. I. de usu 2. 5. L. 3. §. 3. D. de usufr. 7. 1.) als vielmehr aus L. 22. D. quib. mod. ususfr. 7. 4. wo ausdrücklich von dem „constitutum tempus ad amittendum usum" die Rede ist. Man be-

---

659) Vgl. Glück a. a. O. S. 421 ff. und ein Breslauer Universitätsprogramm in 4. v. J. 1830. (von Huschke): Ususfructus pecuniae an non utendo per statutum tempus pereat, disquisitio.

660) fr. Vat. §. 46. Actio de usufructu iisdem modis perit, quibus ipse ususfructus, praeterquam non utendo. Pecuniae quoque ususfructus legatus per annum non utendo (*non amittitur*); quia nec ususfructus est, et pecuniae dominium fructuarii, non heredis est. v. Buchholtz begnügt sich Statt „non amittitur" bloß perit einzuschieben, wodurch die Stelle in sich unzusammenhängend wird, und mit den in der folgenden Note anzuführenden in Widerspruch geräth. Um diesen zu lösen nimmt er an, daß die letzteren bei der Aufnahme in die Pandecten verändert worden seien, weil nach L. 16. §. 1. C. de usufr. der Nießbrauch nicht mehr durch non usus allein aufgehoben werde; eine Voraussetzung, die im §. 226. als unbegründet dargethan worden ist. Vgl. Huschke's Programm.

661) L. 7. §. 1. D. usufr. quemadm. cav. 7. 9. Cum ususfructus pecuniae legatus esset, exprimi debent hi duo casus in stipulatione: cum morieris, aut capite minueris, dari, idcirco hi duo soli casus, quoniam pecuniae usus aliter amitti non potest, quam his casibus. Vgl. L. 6. L. 9. L. 10. pr. D. de usufr. ear. rer. 7. 5. §. 2. I. de usufr. 2. 4. — Ob der Anspruch wegen eines solchen uneigentlichen Nießbrauchs nach Justinianischem Recht in zehn- oder zwanzig Jahren erlösche, ist eine andere Frage. s. §. 263. Nro. 3.

trachtete also das Vermächtniß eines usus nicht gleich dem einer habitatio als ein „legatum, quod in facto potius, quam in iure consistit“ und stellte das Recht des usus in dieser Hinsicht mehr dem Nießbrauchsrechte gleich, obschon der Wirkung nach (effectu) das legatum usus sich mehr dem legatum habitationis anschließt[661a]).

§. 228.

Unter den Dienstbarkeitsrechten, welche durch Verjährung nicht aufgehoben werden, pflegt man auch die sogenannte *servitus operarum* aufzuführen. Dieses räthselhafte Recht verdient eine besondere Untersuchung. Die Hauptstelle ist ein Bruchstück aus Papinian:

L. 2. D. de usu legat. 33. 2. „Hominis operae legatae capitis deminutione vel non utendo non amittuntur. Et quoniam ex operis mercedem legatarius percipere potest, etiam operas eius ipse locare poterit; quas si prohibet heres capi, tenebitur. Idem est et si servus se locaverit. Et quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit; sed servo usucapto legatum perit.“

Hiebei ist nun vor allen Dingen zu bemerken, daß die operae ein diurnum officium sind (l. 1. D. de op. lib. 38. 1.), also Arbeitstage (L. 54. §. 1. D. de V. O. 45. 1.), wie man sie sich bei den Römern häufig bei Freilassungen auszubedingen pflegte, wie sie aber auch manchmal zum Gegenstande von Vermächtnissen in der Art gemacht wurden, daß ein Sklave, welcher Sklave blieb, mit den Diensten belastet wurde; daher sowohl operae servorum (vgl. Dig. VII. 7.), als auch operae libertorum (vgl. Dig. XXXVIII. 1.) vorkommen. Wenn nun Dienste (d. h. Diensttage) eines Sklaven vermacht waren, so fragte es sich zunächst, ob eine bloße Foderung gegen den Erben, oder ein dingliches Recht an dem Sklaven selbst Statt finden sollte. Die Rechtsgelehrten entschieden für die letzte Meinung; sonst würde

661a) L. 10. pr. D. de usu. s. Anm. 657 b. In dieser Stelle wird die habitatio mit dem usus verglichen und 1) bemerkt, daß der Wirkung nach fast kein Unterschied sei. 2) In anderer Beziehung aber (der Uebergang wird durch tamen angedeutet) bestehe zwar darin eine Aehnlichkeit, daß auch die habitatio nicht auf die Erben übergehe, diese erlösche aber weder durch Nichtgebrauch, noch durch capitis deminutio.

das Recht wegen der Sklavendienste nicht mit den persönlichen Dienstbarkeitsrechten zusammengestellt werden. Es hat nämlich in den Digesten die Lehre de operis servorum ihren Platz nach der Lehre von dem Nießbrauche und vor der Lehre de usu et habitatione erhalten, und in lib. XXXIII. tit. 2. wird zusammen „de usu et usufructu et habitatione *et operis* per legatum vel fideicommissum relictis" gehandelt. Man betrachtete dieses Recht in Ansehung der Sklavendienste als eine Art von usus[662]), nicht als einen usus servi, sondern als einen usus operarum. Dabei hatte diese Art von Rechten des Eigenthümlichen sehr viel; das Ausgezeichnetste ist die Vererblichkeit. Da ein Recht auf einzelne Diensttage dem Eigenthümer des Sklaven Vortheile genug übrig ließ, so fiel der Grund hier weg, aus welchem man bei den übrigen persönlichen Dienstbarkeitsrechten für unstatthaft hielt, daß ihnen eine über die Lebenszeit des Berechtigten hinausreichende Dauer gegeben würde*). Ob der Berechtigte die Diensttage unmittelbar für sich benutzte, oder sie vermiethete, war gleichgültig; es fehlte an einem besondern Grunde, warum man das Vermiethungsrecht hätte ausschließen sollen. Vom unentgeltlichen Ueberlassen an Dritte ist nicht die Rede; doch ist nicht einzusehen, warum es unstatthaft sein sollte. Uebrigens ist es ausgemacht, daß ein Recht auf den usus operarum eben so wenig durch Verjährung als durch capitis deminutio erlöschen konnte. Der Grund liegt nahe.

---

662) L. 5. D. de op. serv. 7. 7. „Operis servi legatis usum datum intelligi."

*) Gegen diese Ansicht und dafür, daß das Vermächtniß der operae nach L. 2. D. de usu leg. 33. 2. nur dann auf die Erben des Legatars übergehe, wenn letzterer verstarb, ehe er in dessen Genuß kam, v. Buchholtz Vers. Nro. 16. p. 172 ff. Abh. p. 379—381. Puchta Pand. §. 179. Not. e. Inst. §. 255 a. E. Böcking Pand. §. 168. Not. 39. — Dawider macht indessen schon Fritz Erl. p. 354. geltend, wenn unter den angegebenen Umständen das Legat auf die Erben nicht transmittiert werde, so beruhe das auf der Unvererblichkeit des (pure) vermachten Rechtes; deshalb müsse man allerdings aus der Transmission allgemein auf die Vererblichkeit schließen. (vgl. auch v. Wening-Ingenheim Civ.-R. Bd. I. §. 147. Not. z. p. 360. Hoffmann Serv. §. 58. Thibaut Pand. §. 310. v. Savigny Syst. §. 72. Not. p. Elvers a. a. O. p. 640.) Dafür scheint L. 11. D. de usu leg. 33. 2. nach der oben p. 204. Not. **) vertheidigten Erklärung eine Analogie zu liefern, indem dort „anni initio deberi constat" doch wohl nur heißen kann „anni initio diem cedere."

Es wurde hier angenommen, daß im Einzelnen das Recht erst vollständig begründet würde, wenn der Diensttag wirklich herangekommen ist[663]).

Der Schluß der am Eingange dieses §. angeführten Stelle verdient eine genauere Beachtung. Obgleich das Recht auf gewisse Diensttage von der Verjährung durch Nichtgebrauch unabhängig ist, so erlischt es dennoch, sobald das Eigenthumsrecht an dem Sklaven durch Ersitzung verändert wird. Daraus folgt, daß man, ohne Rücksicht auf Ausübung, gegen den Verleiher der operae servorum und dessen Erben sicher ist, gegen den dritten Erwerber aber seines Rechtes wahrnehmen muß, weil dieser nach abgelaufener Ersitzungszeit (wobei denn aber freilich Unkunde vorausgesetzt wird) kein Recht auf Diensttage weiter anzuerkennen braucht. Ob wohl bei dem dinglichen Gebrauchsrechte (usus) und bei dem Rechte freier Wohnung (habitatio) gleiche Grundsätze gelten?

§. 229.

Die aufhebende Verjährung der Dienstbarkeitsrechte leidet eine Beschränkung, insoferne sie aus Rücksicht auf die Person desjenigen, dem das herrschende Grundstück gehört, ausgeschlossen sein kann.

1. Daß gegen Unmündige und Minderjährige die aufhebende Verjährung an und für sich unwirksam sein müsse, ist in Folge der gesetzlichen Anordnung Justinian's (vgl. Th. 1. §. 35.) außer Zweifel, ja es ist gewissermaßen schon vorjustinianisches Recht[664]). Doch darf nicht unbemerkt bleiben, daß

---

663) L. 1. D. eod. „Opera in actu consistit, nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est . . . .“ Vgl. l. 13. §. 2. D. de op. lib. 38. 1. „Iudicium de operis tunc locum habet, cum operae praeterierint; praeterire autem non possunt, antequam incipiant cedere, et incipiunt, posteaquam fuerint indictae.“ [Der letzte Grund für die Ausschließung des Untergangs der operae durch non usus ist gleichfalls deren factische Natur cf. L. 1. §. 9. D. ad leg. Falc., woraus sich dann erst die im Obigen berührte Eigenthümlichkeit ergiebt.]

664) L. 10. pr. D. quemadm. serv. am. 8. 6. Weniger entscheidend ist die l. 3. §. 5. D. de reb. eor. 27. 9. „Nec ususfructus alienari potest, etsi solus fuit ususfructus pupilli. An ergo hic nec non utendo amittatur, si tutor causam praebuerit huius rei? Et manifestum est, restaurari debere.“

die dreißigjährige Verjährung nur bei den Unmündigen, und nicht auch bei den Minderjährigen wegfällt (vgl. Th. 1. §. 35.). Die den Unmündigen und Minderjährigen zu Gute kommende Begünstigung hindert denn auch die aufhebende Verjährung, wenn von einem dinglichen Dienstbarkeitsrechte die Rede ist, welches mit dem Grundstücke eines Unmündigen oder Minderjährigen verbunden ist[664a]). Ist der Unmündige bloß Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks, so wird das Dienstbarkeitsrecht doch gegen die Verjährung geschützt (l. 10. D. quemadm. serv. am. 8. 6.). Natürlich gilt dieses nur wegen der Untheilbarkeit der dinglichen Dienstbarkeiten; persönliche Dienstbarkeitsrechte, die dem Unmündigen mit einem Andern gemein sind, werden im Falle des Nichtgebrauchs theilweise erlöschen.

2. Zu Gunsten der Wahnsinnigen kann die aufhebende Verjährung nur insoferne als ausgeschlossen angesehen werden, als in dem Zulassen einer solchen Verjährung eine unerlaubte vormundschaftliche Veräußerung liegen würde. Es kann also nur bei dinglichen Dienstbarkeitsrechten und bei solchen persönlichen, welche ein Grundstück zum Gegenstande haben, angenommen werden*).

3. Daß die aufhebende Verjährung der Dienstbarkeitsrechte zu Gunsten der in väterlicher Gewalt stehenden Kinder, so lange als die väterliche Gewalt dauert, ausgeschlossen ist, leidet keinen Zweifel (vgl. Th. 1. §. 34.). Nur gilt die Ausschließung

---

Man kann nämlich sagen, Ulpian lasse es dahingestellt, ob der Nichtgebrauch an sich wirksam sei, und behaupte bloß, daß auf jeden Fall eine in integrum restitutio eintreten müsse. Vgl. Th. 1. §. 36. 37. [Umgekehrt haben wir in L. 3. §. 5. die entscheidendere Stelle vor uns, aus der das zweifelhaftere retinere in L. 10. cit. zu erklären ist. vgl. Anm. 119. Im Justinianischen Recht enthält freilich L. 3. §. 5. D. cit. nur noch eine historische Notiz. vgl. Bd. I. p. 118. Not. *).]

664a) Man möchte geneigt sein, in der L. 15. D. si serv. vind. 8. 5. eine Andeutung davon zu finden. Dort ist von einem Falle die Rede, wo dem Hause eines Unmündigen oder Minderjährigen das Licht verbaut wurde, und es heißt „danda est impuberi vel minori actio, ut, quod non iure factum est, tollatur.“ Einer Ausnahme in Folge der Verjährung wird nicht erwähnt.

*) Aber auch hier ist nur eine Restitution denkbar, soweit es sich nicht um libertatis usucapio handelt, welche man nach den über die Ersitzung geltenden Grundsätzen zu beurtheilen hat. vgl. auch Elvers a. a. O. p. 774.

nicht für die dreißigjährige Verjährung, die also auch hier wichtig wird.

4. Gegen den Staat oder den Fürsten kann nur eine vierzigjährige Verjährung für zulässig erachtet werden*). Dieses gilt sowohl wenn dem Staate oder dem Staatsoberhaupte ein Nießbrauch zusteht, als auch wenn dingliche Dienstbarkeitsrechte einem Grundstücke anhängen, welches Eigenthum des Staats oder Staatsoberhauptes ist; in beiden Fällen ist die zehn- und zwanzigjährige Verjährung auszuschließen. Dieselben Grundsätze müssen zur Anwendung kommen, wenn des gemeinen Gebrauchs willen ein Privatgrundstück mit einer Dienstbarkeit belastet ist[665].

5. Auch Kirchen und milde Stiftungen werden die ihnen zustehenden Dienstbarkeitsrechte, so wie auch diejenigen, welche mit den ihnen gehörigen Grundstücken verbunden sind, nur durch vierzigjährige Verjährung verlieren können, indem diese zu ihren Gunsten an die Stelle der dreißigjährigen getreten ist**). Doch dürfte bei einem an beweglichen Gegenständen zustehenden Nießbrauchsrechte die zehn- und zwanzigjährige Verjährung zulässig sein, indem die Ausschließung derselben nicht

*) Da der Fiscus keinesweges ein allgemeines Privilegium gegen jegliche Verjährung hat, wird für ihn mit Ausnahme der libertatis usucapio ebenfalls ipso iure der Verlust eintreten und nur durch restitutio in integrum zu helfen sein.

665) L. 2. D. de via publ. 43. 11. „Viam publicam populus non utendo amittere non potest.“ [Wiewohl es am nächsten liegt, hier an eine Staatsservitut zu denken, weist der Ausdruck „via publica“ doch zu entschieden auf eine dem Eigenthumsrechte nach öff ntliche Straße hin — iter populo debetur ist die constante Bezeichnung für jene in den libri coloniarum — um die Stelle nicht demgemäß zu deuten. Ihr Inhalt würde übrigens auch für eine solche Dienstbarkeit richtig bleiben, da diese einen durchaus publicistischen Character hat. Höchstens die unvordenkliche Verjährung könnte sie aufheben.]

**) Vgl. auch Elvers a. a. O. p. 785. Die Unzulässigkeit einer zehnjährigen libertatis usucapio folgt übrigens schon aus dem Veräußerungsverbote des unbeweglichen Kirchenvermögens, ohne daß man nöthig hätte, auf die Controverse über den Umfang des den kirchlichen Klagen verliehenen Privilegiums (vgl. Bd. I. Anm. 147.) näher einzugehen; und auch für die durch non usus untergegangenen Servituten müßte man jedenfalls restitutio in integrum gewähren, selbst wenn man den Verlust derselben durch die neueren Bestimmungen Justinian's nicht schon direct ausgeschlossen glaubt. s. noch Seuffert Arch. VI. 132.

geradezu ausgesprochen, sondern nur als eine Folge des bei dem Vermögen der Kirchen und milden Stiftungen Statt findenden Veräußerungsverbots zu betrachten ist, welches sich nicht auf bewegliche Gegenstände erstreckt (vgl. Th. 1. §. 40. 41.). Inwieferne eine hundertjährige Verjährung als gemeinrechtlich gelten könne, ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen (vgl. Th. 1. §. 42.).

6. Daß die einem fundus dotalis zustehenden Dienstbarkeitsrechte durch Verjährung nicht verloren gehen, wissen wir aus l. 5. 6. D. de fund. dot. 23. 5. Diese Ausschließung der Verjährung (in welcher jedoch keineswegs die Ausschließung der dreißigjährigen begriffen ist) ist die natürliche Folge des bei dem fundus dotalis bestehenden Veräußerungsverbots (vgl. Th. 1. §. 78. 79.)[665a]). Im Justinianischen Rechte besteht dieses Verbot bei dem Brautschatze in noch größerer Allgemeinheit (vgl. ebd. §. 79. 80.), was auch auf die Dienstbarkeitsverjährung von Einfluß sein muß.

7. Die einem Lehngute gleich anfangs zustehenden oder nachher erworbenen Dienstbarkeitsrechte theilen die dem Lehngute selbst zustehende Begünstigung, in Folge deren die Verjährung ausgeschlossen ist. (Vgl. Th. 1. §. 77. und II. F. 8. §. 1.).

Wenn die Ausübung des Dienstbarkeitsrechts durch Gewalt gehindert worden ist, so möchte es scheinen, daß hier das Dienstbarkeitsrecht gewissermaßen eine res vi possessa werde; dann könnte man eine Ausschließung der aufhebenden Verjährung annehmen. Paulus belehrt uns vom Gegentheile, wenigstens in Beziehung auf das Straßenrecht. Der Grund, den er anführt, berechtigt uns aber zu einem Schlusse auf alle übrigen Dienstbarkeiten[666]). Eine andere Frage ist, ob man auch der

---

665a) Wenn dagegen dem Manne ein Nießbrauchsrecht zur Mitgift bestellt worden ist, so erlischt dieß allerdings durch den Nichtgebrauch des Mannes L. 78. §. 2. D. de iur. dot. 23. 3. [Das Verhältniß dieser Stelle zu L. 5. D. de fund. dot. ist dasselbe wie das der L. 3. §. 5. D. de reb. eor. zu L. 10. pr. D. quemadm. serv. am. (Anm. 664.) vgl. Bd. I. p. 253. Not. *). Bachofen Ausgew. Lehr. p. 94. 95.]

666) L. 4. §. 27. D. de usurp. 41. 3. „Si viam habeam per tuum fundum, et tu me ab ea vi expuleris, per longum tempus non utendo amittam viam, quia nec possideri intelligitur ius incorporale, nec de via quis, *id est* mero iure, detruditur.“ (So liest die Florenzer Handschrift; in alten Drucken

Entwendung allen Einfluß auf die Verjährung in dieser Lehre absprechen müsse. Zunächst kann die Frage nur bei den persönlichen Dienstbarkeitsrechten vorkommen, weil nur diese bei beweglichen Sachen Statt finden. Leicht könnte man geneigt sein, aus dem, was wir von dem Einflusse der Gewaltthätigkeit wissen, einen Schluß begründen zu wollen. Er würde falsch sein; denn wenn Paulus mit Recht behaupten konnte, daß es eine deiectio a via (via als Dienstbarkeitsrecht genommen) im eigentlichen Sinne gar nicht gebe, so ist es dagegen entschieden, daß ein furtum usus allerdings möglich ist. Es hat also nichts gegen sich, wenn man annimmt, daß durch die Entwendung einer mit einem Nießbrauche belasteten Sache das Nießbrauchsrecht gleichsam eine entwendete Sache wird, so daß eine Verjährung zum Nachtheile des Nießbrauchsrechtes nicht weiter Statt findet[666a]. Dadurch haben wir für eine weitere Folgerung eine Grundlage gewonnen. Es ist gezeigt worden, daß die Eigenthumsverjährung auch bei einigen unbeweglichen

---

pflegen die Worte „id est" zu fehlen). Paulus geht hier von dem Grundsatze aus, bloß bei einem wirklichen Grundstücke könne von einem Heraustreiben (deiicere) die Rede sein. Wenn man nun unter via sich etwas Körperliches — eine Straße — denke, so könne freilich auch vom Wegtreiben gesprochen werden; hier aber sei von der via als von einem merum ius, also von einer res incorporalis die Rede, daher könne man nicht sagen, daß eine res vi possessa entstehe. Diese Erklärung stimmt mehr mit der Ansicht des Rävardus (im Tribonianus c. 1.) überein, als mit der des Cuiacius (comm. ad h. l.), welcher merum ius als „strictum ius" nimmt, und die Lesart der Florenzer Handschrift verwirft. ♁Vgl. Gottschalk discept. forens. Tom. I. ed. 2. cap. 33. p. 341.♁ [Auf die Servitutenersitzung darf man jedoch dieß nicht ausdehnen.]

666a) Außer Zweifel ist, daß bei entlaufenen Sklaven eine aufhebende Verjährung zum Nachtheil des Nießbrauchsberechtigten nicht Statt findet fr. Vat. §. 89. . . . . nam qua ratione, inquit, retinetur a proprietatis domino possessio, etiamsi in fuga servus sit, pari ratione etiam ususfructus non amittitur, [sofern der Sklave nicht von einem Dritten in Besitz genommen ist; hier geht der ususfructus unter, er müßte denn durch Erwerbsacte des Sklaven für den Nießbraucher erhalten werden L. 12. §. 4. D. de usufr. 7. 1. Allein dieß hängt nach Julian's eigenen Worten nicht mit der Furtivität des Flüchtlings zusammen, und daß das furtum usus kein Usucapionshinderniß für die Sache abgebe, ist schon oben bemerkt (Bd. I. Anm. 220.); überhaupt gehört der Verlust einer Dienstbarkeit durch non usus nicht zu den Acten des Vermögensverkehrs, für den allein jene Ersitzungshindernisse bestehen vgl. auch Sintenis Civ.-R. §. 66. Not. 19.]

Gegenständen, wegen einer an denselben begangenen Widerrechtlichkeit ausgeschlossen ist, indem diese gleichsam als entwendete Sachen zu betrachten sind. Ein ähnliches widerrechtliches Verfahren muß die Aufhebung der Dienstbarkeitsrechte durch Verjährung ausschließen. Wenn z. B. der Erbe eine Sache veräußert hat, deren Nießbrauch einem Dritten vermacht war, so ist das dem Dritten zustehende Nießbrauchsrecht unverjährbar. Freilich hindert diese Unverjährbarkeit nicht auch die dreißigjährige Verjährung.

B.

Erfodernisse.

§. 230.

Erstes Erfoderniß bei der Aufhebung der Dienstbarkeiten durch Verjährung ist ein gewisser Zustand der Freiheit, der für die belastete Sache eingetreten sein muß. Dieser entsteht, wie gezeigt worden ist, manchmal schon dadurch, daß die Ausübung des Dienstbarkeitsrechts unterbleibt — also durch reinen Nichtgebrauch; manchmal erst in Folge einer der Ausübung entgegenwirkenden Thatsache — also eines Freiheitsbesitzes. Daß dieser Unterschied noch im Justinianischen Rechte besteht, ist bereits dargethan worden (vgl. §. 224.). Bei den servitutes praediorum urbanorm wird es also nothwendig sein, daß man sich in den Besitz der Freiheit setze, während bei dem Nießbrauche und bei den servitutes praediorum rusticorum schon der bloße Nichtgebrauch den Zustand der Freiheit begründet und die Verjährung möglich macht; denn daß die l. 16. C. de usufr. das Recht der Nießbrauchsverjährung in dieser Hinsicht nicht geändert, und also nicht, wie Manche glauben, einen Freiheitsbesitz nothwendig gemacht habe, ist im §. 225. gezeigt worden.

§. 231.

Was zunächst die Verjährung durch bloßen Nichtgebrauch betrifft, so bemerke man:

I. Das Dienstbarkeitsrecht wird erhalten, wenn es auch nicht durch den Berechtigten selbst, sondern durch irgend Je-

mand, der als dessen Stellvertreter angesehen werden kann, ausgeübt worden ist (vgl. §. 194.). Bei dinglichen Dienstbarkeiten insbesondere kann nicht nur der Eigenthümer oder Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks, sondern auch jeder Eigenthumsbesitzer, selbst wenn er ein unredlicher Besitzer wäre (l. 5., l. 12., l. 24. D. quemadm. serv. am. 8. 6.), dadurch, daß er das Dienstbarkeitsrecht ausübt, den Verlust durch Nichtgebrauch abwenden. Jeder, der das herrschende Grundstück precario besitzt, oder es als Nießbrauchsberechtigter inne hat (l. 5., l. 12., l. 20. D. ibid.), ist in gleichem Falle. Daß Pächter, Dienstboten, Gäste, Hausfreunde und ähnliche Personen, welche für sich gar kein Recht in Anspruch zu nehmen gesonnen sind, dennoch durch ihre Handlungen die Wirkungen des non usus ausschließen, ist den Grundsätzen gemäß, die wir über die Fortsetzung des Dienstbarkeitsbesitzes durch Andere aufgestellt haben (s. §. 194.). Eher kann es auffallen, daß es sogar schon als Ausübung gilt, wenn die Natur selbst das bewirkt, worauf das Dienstbarkeitsrecht gerichtet ist, wie dieses bei der Bewässerungsgerechtigkeit vorkommen kann (l. 12. D. ib.).

II. Das Dienstbarkeitsrecht wird erhalten, wenn es gleich nicht im vollen Umfange ausgeübt wird [667]); nur daß freilich bei theilbaren Dienstbarkeitsrechten durch eine getheilte Ausübung das Recht auch nur theilweise erhalten wird (vgl. §. 226.). Uebrigens muß die beschränkte Ausübung überhaupt noch als eine Ausübung desjenigen Dienstbarkeitsrechts, wovon die Rede ist, gelten können. So wird z. B. das Recht des actus durch das bloße Gehen aufrecht erhalten (l. 2. D. eod.). Nicht dasselbe gilt in Beziehung auf das Recht des Wasserholens; hier wird durch das bloße Gehen nicht einmal die Fußpfadgerechtigkeit gerettet; denn wenn gleich in der Befugniß des Wasserholens das Recht des Fußsteigs mit begriffen ist, so ist doch das letzte Recht kein selbständiges, sondern lediglich dem Hauptzwecke dienstbar (l. 17. D. ib.). Wenn das Dienstbarkeitsrecht in einer ganz anderen Art ausgeübt wird, als es begründet ist, so gilt dieß gar nicht als Ausübung, und es treten die

667) L. 9. D. eod. „Aqua si in partem aquagii influxit, etiamsi non ad ultima loca pervenit, omnibus tamen partibus usurpatur.“ L. 8. §. 1. D. ib. „Is, qui per partem itineris it, totum ius usurpare videtur.“ Vgl. l. 18. D. de S. P. R. 8. 3. [Seuffert Arch. II. 128.]

Folgen des Nichtgebrauchs ein[668]). Anders ist es bei dem bloßen Ueberschreiten des Maaßes, weil in dem Mehr das Weniger enthalten ist (l. 11. pr. D. quemadm. serv. am. 8. 6.). So werden z. B. die Wirkungen des Nichtgebrauchs ausgeschlossen, wenn man einer ungebührlich breiten Straße sich bedient hat, oder wenn mehr Wasser, als wozu man berechtigt war, zur Bewässerung verwendet worden ist (l. 9. §. 1. D. si serv. vind. 8. 5.). Eine besondere Bemerkung verdient, daß es nicht etwa bloß als eine theilweise Ausübung des Nießbrauchsrechts angesehen wird, wenn ein bloßes uti Statt gefunden hat, so daß etwa angenommen werden könnte, der ususfructus als solcher sei erloschen, und der bloße usus übrig geblieben; denn der ususfructus ist nicht insoferne theilbar, daß er in seine Bestandtheile zerfällt werden könnte, sondern nur insoferne, als er in Ansehung des Gegenstandes auf Theile eingeschränkt werden kann. Das bloße uti genügt also vollkommen zur Erhaltung des Nießbrauchs; nur muß nicht dabei die Meinung obwalten, als sei man zu nichts weiter als zu einem uti berechtigt, denn in diesem Falle würde das uti überhaupt nicht als Ausübung des Nießbrauchs gelten können; das Recht würde also des usus ungeachtet erlöschen (l. 20. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4.; vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 9. S. 376. Anm. 27.).

668) L. 10. §. 1. D. quemadm. serv. am. „Si is, qui nocturnam aquam habet, interdiu per constitutum ad amissionem tempus usus fuerit, amisit nocturnam servitutem, qua usus non est. Idem est in eo, qui certis horis aquaeductum habens aliis usus fuerit, nec ulla parte earum horarum." (Vgl. l. 17. pr. D. de aq. pluv. arc 39. 3.) L. 11. D. quemadm. serv. am. „Is, cui via vel actus debebatur, ut vehiculi certo genere uteretur, alio genere fuerat usus, videamus, ne amiserit servitutem . . . ." L. 18. pr. D. ibid. „Si quis alia aqua usus fuerit, quam de qua in servitute imponenda actum est, servitus amittitur." Aber wie stimmt mit diesen Grundsätzen überein, was wir bei Julian (l. 5. §. 1. D. de aqua quot. 43. 20.) lesen? „Inter duos, qui eodem rivo aquam certis horis separatim ducebant, convenit, ut permutatis inter se temporibus aqua uterentur. Quaero, cum amplius tempore servitutibus praefinito ita duxissent, ut neuter eorum suo tempore usus esset, num ius utendi amisissent. Negavit, amisisse." Ich glaube, daß hier in Folge der getroffenen Verabredung, wodurch man seine Zeit dem Andern überließ, angenommen wurde, man lasse seine Zeit nicht unbenutzt, weil man gerade nur durch diesen Vertrag dazu gelangt war, daß der Genosse seinerseits die ihm gebührende Zeit abgetreten hatte. [S. auch Elvers a. a. O. p. 775. Not. l. Heimbach a. a. O. Anm. 725.]

III. Es muß wirklich Bewußtsein und Wille der Ausübung eines Dienstbarkeitsrechtes vorhanden sein. Wer z. B. eine Straße benutzt, in der Meinung, es sei eine öffentliche, der übt keine Straßengerechtigkeit aus (l. 25. D. quemadm. serv. am. 8. 6.). [Seuffert Arch. VIII. 349.]

IV. Wenn der Nichtgebrauch unfreiwillig, vielleicht durch Zwang oder Nothwendigkeit geboten war, [Seuffert Arch. VIII. 349. a. E.] so geht dennoch das Dienstbarkeitsrecht durch Verjährung verloren. So z. B. wenn der Fußpfad überschwemmt oder die zur Bewässerung dienende Quelle eine Zeit lang ausgetrocknet war (l. 14. pr. D. eod.; l. 34. §. 1., l. 35. D. de S. P. R. 8. 3.). Zwar bleibt die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (l. 14. cit.; l. 35. cit.; l. 1. §. 1., l. 23. §. 2. D. ex quib. caus. mai. 4. 6.), aber gerade diese Möglichkeit beweist, daß an sich das Recht erloschen war. ⁜Ebensowenig hindert die Litiscontestation über die Servitut deren Verlust durch non usus, jedoch muß auch hier der Eigenthümer des dienenden Grundstückes die wegen seines dolus im Laufe des Processes untergegangene Dienstbarkeit dem Sieger von Neuem einräumen L. 8. §. 4. D. si serv. vind. 8. 5. L. 5. §. 5. D. si ususfr. pet. 7. 6. vgl. Keller Litis Cont. p. 175.⁜ Freilich geht der Nießbrauch nicht verloren, wenn man von einem Felde keine Früchte geärntet hat; allein darin liegt auch der Nichtgebrauch keinesweges, sondern es wird darauf ankommen, ob das Feld bestellt worden ist oder nicht (l. 12. §. 3. D. de usufr. 7. 1.)*). So kann es auch sein, daß man einen Sklaven eine Zeit lang nicht hat zum Arbeiten brauchen können, weil er krank war, aber auch hier kann bloß aus diesem Grunde noch kein non uti behauptet werden (l. cit.). Eine mit andern Rechtsgrundsätzen zusammenhängende Besonderheit ist es, wenn bei einem entlaufenen Sklaven angenommen wird, die Ausübung des Nießbrauchs dauere fort (l. cit.).

V. Das Dienstbarkeitsrecht muß bereits rechtlich begründet sein, so daß eine Ausübung rechtlich möglich wäre, wenn der Nichtgebrauch in Betrachtung kommen soll. Daß die Aus-

*) Bei einer Forstwirthschaft wird man noch weiter gehen müssen. Der Nießbrauch an der Schonung geht nicht unter, auch wenn zehn Jahre lang keine Arbeiten darin vorgenommen sein sollten, wofern nur die holzbaren Schläge ausgebeutet wurden.

übung angefangen habe, ist keineswegs nothwendig; es kann der Fall sein, daß der Berechtigte gar nicht einmal weiß, daß ihm ein Dienstbarkeitsrecht zusteht, und es ist dennoch der Nichtgebrauch (wenigstens der Strenge nach) von schädlicher Wirkung (l. 19. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6.). Bei denjenigen Dienstbarkeitsrechten, welche nicht ausgeübt werden können, wenn nicht vorher gewisse Einrichtungen getroffen worden sind, wird jedoch gefodert, daß die Einrichtungen schon gemacht seien, so daß der Ausübung nichts weiter im Wege steht. So z. B. müssen bei der Bewässerungsgerechtigkeit erst die Wassergraben gezogen sein, ehe der Nichtgebrauch nachtheilige Wirkungen haben kann[669]).

VI. Da bei der Aufhebung der Dienstbarkeitsrechte durch bloßen Nichtgebrauch der Freiheitszustand für das dienende Grundstück eintritt, ohne daß ein Freiheitsbesitz irgend nöthig wäre, so kann auch das dienende Grundstück völlig besitzlos sein, und die Verjährung durch Nichtgebrauch ist dennoch begründet. Um so weniger kann auf Redlichkeit und Rechtmäßigkeit des Besitzes (iustus titulus und bona fides) etwas ankommen; dieses ist denn auch entschieden die herrschende Ansicht. Das kirchliche Recht hat hierin nichts geändert. [Seuffert Arch. VI. 316. X. 20.]

§. 232.

Zum Freiheitsbesitze gehört zuvörderst Nichtgebrauch (denn jede Ausübung gilt als eine Unterbrechung — usurpatio — des Freiheitsbesitzes); insoferne also gilt hier das, was in dem vorigen §. gesagt worden ist. Außerdem aber wird

---

669) L. 19. pr. D. quemadm. serv. am. 8. 6. „Si partem fundi vendendo lege caverim, uti per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem, et statutum tempus intercesserit, antequam rivum facerem, nihil iuris amitto, quia nullum iter aquae fuerit (d. h. weil das Wasser noch kein Rinnsal gehabt hat), sed manet mihi ius integrum; quodsi fecissem iter, neque usus essem, amittam." [Uebereinstimmend Hoffmann Serv. II. p. 209. vgl. auch L. 18. §. 2. D. eod. Nur von einer obligatorischen Verpflichtung verstehen die L. 19. pr. cit. Luden a. a. O. p. 189. Elvers a. a. O. p. 209. Not. h. p. 773. Not. c., dem steht aber doch der Schlußsatz „quodsi ... amittam" unbedingt entgegen, indem hier als Object aus dem Vorhergehenden ius zu ergänzen ist, dieser Ausdruck also auch dort einzig das Servitutrecht bedeuten kann.]

das *factum contrarium* nicht fehlen dürfen. So muß nach l. 6. D. de S. P. U. 8. 2., wenn von einer servitus tigni immittendi die Rede ist, vor allen Dingen die Einlassung der Balken aufhören (also non usus da sein); das genügt aber nicht, wenn nicht auch die Löcher vermauert werden (also nisi quid in contrarium factum sit). In Beziehung auf die servitus altius non tollendi kommt allerdings auf den Nichtgebrauch nichts an, weil auch die Ausübung durchaus in keiner besondern Thatsache hervortritt, es ist hier das Höherbauen, was den Freiheitsbesitz begründet. Wenn durch das Höherwachsen eines Baumes dem Nachbar das Licht oder die Aussicht genommen wird, so gilt dieses noch nicht als ein Freiheitsbesitz, denn die Natur kann hier nicht den Mangel der That ersetzen[670]). Merkwürdig ist dabei noch dieses, daß der Freiheitsbesitz nothwendig den Besitz der dienenden Sache voraussetzt[671]). Ob es durchaus nöthig ist, daß die That, durch welche der Freiheitszustand für das dienende Grundstück begründet wird, von dem Besitzer selbst vorgenommen sei, oder ob es nur überhaupt darauf ankommt, daß z. B. das Loch zugemauert werde, mag zweifelhaft scheinen. Ich bin geneigt, nach den Schlußworten der l. 32. §. 1. D. de S. P. U. 8. 2. das letzte anzunehmen. Wer nämlich

---

670) L. 7. D. de S. P. U. „Quod autem aedificio meo me posse consequi, ut libertatem usucaperem, dicitur, idem me non consecuturum, si arborem eodem loco sitam habuissem, Mucius ait; et recte, quia non ita in suo statu et loco maneret arbor, quemadmodum paries, propter motum naturalem arboris.“ *Motus naturalis arboris* (vgl. Columella de re rust. IV. 29.) ist der Trieb, das fortwährende Höherwachsen, wie schon Cuiacius (obs. XXVII. 14.) annimmt. Vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 10. S. 265. Anm. 52. [Gegen die Deutung des motus naturalis auf die durch den Wind verursachte Bewegung (Luden a. a. O. p. 184. Not. 5. Elvers a. a. O. p. 363. Not. p.) s. Wirth a. a. O. p. 55.]

671) L. 32. §. 1. D. eod. „Libertas servitutis usucapitur, si aedes possideantur. Quare si is, qui altius aedificatum habebat, ante statutum tempus aedes possidere desiit, interpellata usucapio est; is autem, qui postea easdem aedes possidere coeperit, integro statuto tempore libertatem usucapiet. Natura enim servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.“ [vgl. Schilling Bemerk. Not. 388. Luden a. a. O. p. 184. Not. 6. Wirth a. a. O. p. 9 ff. Die Unzulässigkeit der accessio possessionis glaubt in dieser Stelle ausgesprochen Seuffert Pand. §. 180. Not. 24. s. dag. Hoffmann Serv. II. p. 204 f. Wirth a. a. O. p. 56. oben Anm. 464, unten p. 225.]

das Gebäude in einem die Dienstbarkeit ausschließenden Zustande besitzt, der besitzt das Dienstbarkeitsrecht, oder richtiger die Freiheit; und dieser Besitz ist es ja, worauf es ankommt. Eine andere Frage ist, ob der Besitzer des dienenden Grundstücks ein redlicher sein müsse. Nach Römischem Rechte kann die Frage schwerlich bejaht werden*). So viel scheint wenigstens gewiß, daß der Besitzer recht gut von dem Dasein der Dienstbarkeit Wissenschaft haben kann, und am allerwenigsten einen rechtmäßigen Titel der Freiheit zu haben braucht[672]). Dieses stimmt ganz mit dem überein, was wir jetzt aus Gaius (II. 59.) über die usu receptio einer res quae fiduciae causa mancipata est wissen, bei der es ebenfalls auf redliche Meinung nicht ankommt. Nur muß der Freiheitsbesitz nicht in einem precarium begründet sein, wenn er zur Verjährung führen soll; und auch das ist bei der usu receptio ebenso. Wahrscheinlich ist auch ein gewaltthätiger oder heimlicher Freiheitsbesitz zur Verjährung untauglich, weil wir sonst allenthalben die rechtlichen Wirkungen des vi, clam und precario possidere gleichgestellt finden**). Nun könnte man aber sagen, darauf komme

---

*) A. M. Göschen Vorl. Bd. II. p. 277. Hoffmann Serv. II. p. 205 f. Ullmann de vi ac natura erroris in usuc. et praescr. §. 5. 6. p. 12—31. s. auch Glück Erl. d. Pand. IX. p. 377. X. p. 267. Dagegen entscheidet jedoch außer den vom Verf. beigebrachten positiven Zeugnissen auch die Natur der Sache; bona fides ist Wahrung, wie mala fides Verletzung fremden Interesses. Ein solches kann aber nur zwischen Personen bestehen, während bei den Realservituten die Grundstücke selbst als die berechtigten Subjecte erscheinen s. Böcking Pand. §. 161. Not. 12.

672) L. 32. pr. D. eod. „Si aedes meae serviant aedibus Lucii Titii et aedibus Publii Maevii, ne altius aedificare mihi liceat, et a Titio precario petierim, ut altius tollerem, atque ita per statutum tempus aedificatum habuero, libertatem adversus Publium Maevium usucapiam. Non enim una servitus Titio et Maevio debebatur, sed duae . . . .“ Nicht der Mangel eines iustus titulus oder einer bona fides ist es, warum die Verjährung in Beziehung auf den Titius für unzulässig erklärt wird, sondern lediglich der Umstand, daß der Freiheitsbesitz auf einem precarium beruht. L. 17. D. comm. praed. 8. 4. „. . . . Ceterum, si in suo maceriam precario, qui servitutem tibi debuit, duxerit, neque libertas usucapietur, et interdicto, quod precario habet, utiliter cum eo agetur . . . .“ [cf. L. 4. §. 29. D. de usuc. 41. 3.]

**) Uebereinstimmend Hoffmann Serv. II. p. 207. Seuffert Pand. §. 180. Not. 26. — A. M. Wirth a. a. O. p. 59 ff. Elvers a. a. O. p. 777. Not. q. Die Analogie der Servitutenersitzung entscheidet aber doch wohl für den Verf.

freilich nichts an, daß der Besitzer des dienenden Grundstücks gerade über den Punkt der Freiheit insbesondere eine redliche und rechtlich begründete Meinung habe; aber daß er überhaupt redlicher Besitzer sei, könne man mit Billigkeit verlangen. Ich selbst habe früher in diesem Sinne die Nothwendigkeit eines redlichen Besitzes behauptet (Verj. d. fortg. Bes. §. 38.). Ich gieng dabei von der Voraussetzung aus, daß iustus titulus und bona fides in irgend einer Art bei allen Ersitzungsarten vorhanden sein müssen; eine Voraussetzung, die denn doch eigentlich so wenig erweislich ist, daß wir auch für die erwerbende Verjährung bei den Dienstbarkeitsrechten nicht im Stande gewesen sind, diese Erfodernisse als nothwendig zu begründen. Gewisser ist es, daß nach den Grundsätzen des kirchlichen Rechts die Nothwendigkeit einer redlichen Meinung sich vertheidigen läßt, und zwar in dem Sinne, daß man die Unbekanntschaft mit dem Dasein der Dienstbarkeit darunter versteht*). Denn da bei der Freiheitsersitzung derjenige, welcher dadurch gewinnen soll, etwas vornehmen muß, und in dem kirchlichen Rechte entschieden die Ansicht vorwaltet, daß man durch eine mit dem Bewußtsein der Widerrechtlichkeit vorgenommene Handlung sich den Vortheil der Verjährung nie verschaffen könne, so kann darüber nicht füglich ein Zweifel sein[673].

§. 233.

Ein zweites Erfoderniß für die Aufhebung der Dienstbarkeitsrechte durch Verjährung ist die Vollendung der erfoderlichen Zeitfrist.

I. Vor Justinian wurden zwei Jahre erfodert**); auch wohl ein Jahr, was aber nur beim Nießbrauchs- (oder Ge-

*) So auch v. Vangerow Pand. I. p. 899. A. M. Brinz Pand. I. p. 279.

673) Diejenigen, welche redliche Meinung bei dieser Verjährungsart fodern, leiten sie zum Theil schon aus dem Römischen Rechte ab. Vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 10. S. 267. [Hoffmann Serv. II. p. 205 ff.]

**) Daß auch die libertatis usucapio erst in zwei Jahren vollendet wurde, beweist wie als das Object der Ersitzung hier nicht ein ius, was zu den ceterae der XII Tafeln gehört haben würde gleich den ipsae hereditates, (Gai. II. §. 54.) sondern eine Qualität des Grundstückes erschien. vgl. Rudorff krit Jahrb. a. a. O. p. 327. Elvers a. a. O. p. 362. Dieß übersieht Wirth a. a. O. p. 52 ff.

brauchs-) Rechte vorkam, wenn nämlich bewegliche Sachen der Gegenstand waren; im Justinianischen Rechte sind zehn oder zwanzig Jahre erfoderlich, wobei der bereits im allgemeinen Theile (vgl. Th. 1. §. 84.) erörterte Unterschied zwischen Anwesenheit und Abwesenheit entscheidet. Uebrigens konnte es im vorjustinianischen Rechte der Fall sein, daß die erfoderliche Zeitfrist vervielfacht wurde. Nämlich 1) wenn ein dingliches Dienstbarkeitsrecht in der Art bestellt war, daß es nur ein Jahr um's andere oder einen Monat um den andern ausgeübt werden sollte, so wurde verlangt, daß die doppelte Frist abgelaufen sei[674]). Man hielt sich also hier nicht an die bei dem Nießbrauche im ähnlichen Falle geltenden Grundsätze; offenbar aus dem in der l. 7. D. quemadm. serv. am. 8. 6. angeführten und hieher gerade zu ziehenden Grunde „quia una servitus est", denn bei dem ususfructus alternis annis relictus sind plures servitutes (l. 13. D. de usu et usufr. leg. 33. 2.), und eben darum ist dort die Verjährung durch Nichtgebrauch ganz ausgeschlossen (l. 28. D. quib. mod. ususfr. am. 7. 4.). 2) Wenn das dingliche Recht so beschränkt ist, daß die Ausübung nicht zu jeder Tageszeit, sondern nur eine Stunde um die andere, oder zu einer bestimmten Stunde des Tages erfolgen kann, so hat eine Vervielfachung nicht Statt. Als Grund wird angeführt „quia id, quod habet, quotidianum est." Das läßt sich auch wohl erklären. Da nämlich ein Jahr aus 365 Tagen besteht, so wird nach vorjustinianischem Rechte zur Verjährung der dinglichen Dienstbarkeitsrechte eine Versäumniß von 2×365 Tagen erfodert. Nun ist in dem vorliegenden Falle nicht zu läugnen, daß wirklich an so viel Tagen eine Unterlassung Statt gefunden

674) L. 7. D. quemadm. serv. am. 8. 6. „Si sic constituta sit aqua, ut vel aestate ducatur tantum, vel uno mense, quaeritur, quemadmodum non utendo amittatur? quia non est continuum tempus, quo cum uti non potest, non sit usus. Itaque et si alternis annis vel mensibus quis aquam habeat, duplicato constituto tempore amittitur; idem et de itinere custoditur; si vero alternis diebus, aut die toto, aut tantum nocte, statuto legibus tempore amittitur, quia una servitus est. Nam et si alternis horis vel una hora quotidie servitutem habeat, Servius scribit, perdere eum non utendo servitutem, quia id, quod habet, quotidianum sit." [Sprachwidrig ist die Erklärung, welche Luden a. a. O. p. 189. Anm. 11. von dem Ausdrucke alternis mensibus giebt, was so viel sein soll wie aestate tantum. Was hieße darnach wohl alternis annis?]

hat, weil an jedem Tage die Ausübung rechtlich möglich war; es ist also das rechtliche Erfoderniß erfüllt. 3) Wenn das Recht bloß einen Tag um den andern soll ausgeübt werden können, so wird die Verdoppelung als unzulässig erklärt; offenbar wegen der Verwandtschaft dieses Falls mit dem vorigen. Aber paßt denn auch der Grund „quia id, quod habet, quotidianum est?" Donellus (comm. i. c. XI. 18. §. 16.)*) glaubt dieses allerdings annehmen zu dürfen. Da nämlich die Grenzpunkte der beiden Tage sich berühren, so kann derjenige, welcher einen Tag um den andern zur Ausübung befugt ist, gleich einem solchen angesehen werden, der alle Tage (wenigstens in zwei Augenblicken) zur Ausübung berechtigt ist. Vielleicht findet man diese scharfsinnige Erklärung allzu spitzfindig; aber darf uns dieses bei der Auslegung einer Stelle des Paulus sogleich als ein Grund der Unzulässigkeit erscheinen? 4) Wie nun, wenn ein Dienstbarkeitsrecht nur immer im dritten, vierten (u. s. w.) Jahre zur Ausübung kommen soll; wird alsdann die Verjährungszeit verdreifacht und vervielfacht werden müssen? Man wird nicht umhin können, dieses zu behaupten. Aber auch wenn je um den dritten, vierten Tag das Recht zur Ausübung kommen soll, wird auf dieselbe Weise zu entscheiden sein, weil der Grund, der bei den Dienstbarkeitsrechten, die einen Tag um den andern ausgeübt werden können, eine andere Entscheidung begründete, hier nicht paßt**). 5) Wenn das Dienstbarkeitsrecht nur alle Monate oder alle Jahre einmal (aber nicht etwa an einem bestimmten, sondern an einem beliebigen Tage) geübt werden kann, so ist hier kein Grund zur Verlängerung der Verjährungszeit. Denn da an jedem Tage die Ausübung rechtlich möglich ist, so ist auch mit Recht jeder einzelne Tag

*) So auch Elvers a. a. O. p. 772.

**) Das von dem Verf. hier zur Anwendung gebrachte Princip (vgl. oben Nro. 2.) wird schon durch die Erwähnung des uno mense in L. 7. D. quemadm. serv. am. und die dort gegebene Entscheidung „itaque et si etc." widerlegt. Ebenso geht aus jener Stelle hervor, denn wir haben keinen Grund, das uno mense anders zu deuten als das uno tantummodo die der L. ult. C. de serv., wie auch die unter der folgenden Nummer aufgestellte Behauptung unhaltbar ist. Ueberhaupt aber möchte es wohl natürlicher sein, bei dem unus dies und mensis an festbestimmte, als an beliebig von dem Berechtigten auszuwählende Zeitabschnitte zu denken. s. u. A. Luden a. a. O. p. 190. Not. 12. Elvers a. a. O. p. 783. Not. s.

als ein Unterlassungstag zu zählen (nur daß durch die jedesmalige Ausübung gleich auf so lange unterbrochen wird, bis die Ausübung wieder rechtlich möglich wird). Dieses bringt schon die Natur der Sache mit sich; es wird aber durch eine Entscheidung Justinian's (l. ult. pr. C. de serv. 3. 34.) noch bestätigt.

„Cum talis quaestio in libris Sabinianis vertebatur (quidam enim pactus est cum vicino suo, ut liceat ei, vel per se, vel per suos homines per agrum vicini transitum facere, iterque habere uno tantummodo per quinquennium die, quatenus ei licentia sit, in suam silvam inde transire et arbores excidere, vel facere, quidquid necessarium ei visum fuerit), et quaerebatur, quando huiusmodi servitus non utendo amittitur, et quidam putaverunt, si in primo vel secundo quinquennio per eam viam non itum est, eandem servitutem penitus tolli, quasi per biennium ea non utendo deperdita, singulo die quinquennii pro anno numerando, aliis autem aliam sententiam eligentibus, nobis placuit ita causam dirimere, ut (quia iam per legem latam a nobis prospectum est, ne servitutes per biennium non utendo depereant, sed per decem vel viginti annorum curricula) et in proposita specie, si per quatuor quinquennia nec uno die vel ipse vel homines eius eadem servitute usi sunt, tunc eam penitus amittant viginti annorum desidia. Qui enim in tam longo prolixoque spatio suum ius minime consecutus est, sera poenitentia ad pristinam servitutem reverti desiderat.“

Doch erfahren wir aus dieser Stelle zugleich, daß über diese Frage Streit gewesen war bei den Rechtserfahrenen. Der Grund, den Justinian für seine Entscheidung anführt, ist übrigens nicht aus der Natur der Sache an sich gegriffen, sondern es wird Beziehung genommen auf die neue Veränderung der Verjährungsfrist, welche die Zeit an sich lang genug gemacht habe, um einer weiteren Vervielfachung entbehren zu können. Wer sich nun bloß an diesen angeführten Grund halten wollte, der möchte nicht ohne Fug behaupten, daß im Justinianischen Rechte eine Vervielfachung der Verjährungszeit bei den auf eine sprungweise Ausübung gerichteten Dienstbarkeitsrechten überhaupt unzulässig sei. Dagegen*) entscheidet aber

*) Aber für die Verdoppelung. Für antiquiert sehen die L. 7. D. cit. durch L. 14. C. cit. an Hoffmann Serv. II. p. 221. Elvers a. a. O.

doch wieder die Aufnahme der l. 7. D. quemadm. serv. am. 8. 6. in die Digesten, die unter dieser Voraussetzung in keinerlei Hinsicht zu rechtfertigen wäre. Ohnehin darf man in der Annahme von Abänderungen nicht allzu leichtsinnig sein. Etwas willkürlich erscheint es, wenn Einige behaupten (vgl. Glück Erl. d. Pand., Th. 10. S. 267.), daß dingliche Dienstbarkeiten, die so bestellt sind, daß sie Jahr um Jahr, oder nur zu gewissen Zeiten im Jahre, z. B. bloß im Winter, oder etwa alle drei Jahre, ausgeübt werden dürfen, erst in zwanzig Jahren verloren gehen, ohne daß es alsdann weiter auf den Unterschied zwischen Anwesenheit und Abwesenheit ankomme*).

II. Die Zeit wird fortlaufend (continue), d. h. ohne Ueberspringung, berechnet. Dieses ist eine Folge davon, daß diese Verjährung aus dem strengen Rechte der usucapio hervorgegangen ist. Wenn daher durch außerordentliche Naturereignisse Hindernisse der Ausübung eingetreten waren, so wird deswegen doch nichts übersprungen, und nur die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann der dadurch entstehenden Unbilligkeit Abhülfe gewähren (l. 14. pr. D. quemadm. serv. am. 8. 6.). Dasselbe muß gelten, wenn Zwang die Ausübung hinderte, oder wenn das Dienstbarkeitsrecht von der Art ist, daß es nur bei gewissen Gelegenheiten zur Ausübung kommen kann, und

---

p. 785. Heimbach a. a. O. p. 333 f. Ich gestehe, daß ich einen Widerspruch zwischen beiden Stellen nicht aufzufinden vermag. Die erstere verordnet eine Verdoppelung der Verjährungsfrist in den Fällen, wo eine Servitut nur ein Jahr ums andere, oder einen Monat u. s. w. im Jahr geübt werden darf. Der Kaiser dehnt dieß auch auf größere Zeiträume aus. Das Bedenken der Alten, daß das biennium vergehe, ehe noch eine zweite Ausübung der Dienstbarkeit möglich wurde, bestand für ihn nicht mehr. Wäre eine solche Gerechtigkeit je nach dreißig Jahren z. B. zum Holzabfahren aus einem Schlage des Waldes bestellt worden, so hätte er sich in derselben Verlegenheit befunden wie jene Zweifler. Der Gedanke, den Hoffmann in die Constitution hineinträgt, die frühere Berechnung der Verjährungszeit bei derartigen Servituten sei durch die Erhöhung des ehemaligen biennium auf zehn Jahre beseitigt, ist in der That darin nicht ausgesprochen.

*) S. dag. Luden a. a. O. p. 190. Göschen Vorl. Bd. II. p. 278 f. Hoffmann Serv. II. p. 222. Seuffert Pand. §. 180. Not. 4. Elvers a. a. O. p. 783 ff., welche alle wenigstens darin übereinstimmen, daß in den nach L. ult. C. cit. zu beurtheilenden Fällen ein Unterschied zwischen Anwesenheit und Abwesenheit nicht weiter gemacht werden dürfe, weil die angeführte Constitution davon gänzlich schweige.

diese Gelegenheiten fehlen. Dennoch widerspricht es der fortlaufenden Berechnung nicht, wenn wir behaupten, daß die Zeitfrist erst von der Zeit an laufen könne, wo die rechtliche Möglichkeit der Ausübung begonnen hat, wie denn auch in der That sonst der Begriff einer Nichtausübung gar nicht vorhanden ist. Demnach wird bei einem Dienstbarkeitsrechte, welches in fünf Jahren nur einmal ausgeübt werden kann, nach einmaliger Ausübung nicht sogleich die Verjährungszeit zu laufen anfangen, sondern erst wenn die ersten fünf Jahre um sind, und nun eine neue Ausübung rechtlich möglich wird.

III. Die Verjährung wird als beendigt angenommen, wenn gleich der letzte Tag nicht vollendet, sondern nur erreicht ist. Auch dieses civiliter computare ist eine Folge davon, daß die Aufhebung der Dienstbarkeiten durch Verjährung ursprünglich dem Rechte der usucapio nachgebildet ist*).

C.

Unterbrechung.

§. 234.

Allgemein tritt eine Unterbrechung ein, wenn das Dienstbarkeitsrecht ausgeübt wird**), daher bei den Dienstbarkeitsrechten, die durch bloßen Nichtgebrauch erlöschen, jede Ausübung als eine usurpatio erscheint. Wo der Freiheitszustand in einem Freiheitsbesitze besteht, da ist nach l. 32. §. 1. D. de S. P. U. 8. 2. die Verjährungszeit schon dadurch unterbrochen, daß der Besitz des dienenden Grundstücks unterbrochen wird; wer späterhin den Besitz erlangt, der muß von vorne die Verjährung beginnen und vollenden[674a]. Wenn freilich zwischen dem vorhergehenden und dem folgenden Besitze ein rechtlicher Zusam-

*) Dieß stimmt denn doch nicht mit der Bd. I. p. 291 f. aufgestellten Regel. s. auch v. Vangerow Pand. I. p. 899. Elvers a. a. O. p. 773. 774.

**) Nicht schon durch den bloßen Protest gegen Verweigerung der Servitutausübung Glück Comm. IX. p. 152. Bl. f. R.anw. XVII. p. 378.

674a) Bei dem Verluste durch non usus kommt ein Wechsel in dem Besitze des herrschenden oder dienenden Grundstückes nicht in Betracht, wie dieß für den ersteren Fall ausdrücklich gesagt wird in L. 18. §. 1. [L. 19. §. 1. D. quemadm. serv. am. 8. 6. vgl. auch Luden a. a. O. p. 190 f. Hoffmann Serv. II. p. 213. Not. 228.]

menhang ist, so werden die Grundsätze über Zusammenrechnung des Besitzes eintreten müssen, wie sie bei der Eigenthumsverjährung gelten; denn warum sollte die befreiende Verjährung weniger begünstigt sein, als diejenige, durch welche man Eigenthum erwirbt, da sie in ihrer Eigenschaft als eine Art von usu receptio eher noch auf größere Begünstigung Anspruch zu haben scheint? Die l. 32. cit. erwähnt freilich einer solchen Zusammenrechnung nicht, sie kann aber recht wohl von einem Falle verstanden werden, wo es an einer rechtlichen Verknüpfung des späteren Besitzes mit dem früheren gebricht, oder wo der eine von dem andern durch einen besitzlosen Zwischenraum getrennt ist. Doch soll nicht behauptet werden, daß diese Auslegung dem ursprünglichen Sinne der Stelle gemäß ist, denn zu Julian's Zeit galt noch keine Zusammenrechnung des Besitzes, wenn nicht der Nachfolger im Besitze ein Erbfolger war (vgl. Th. 1. §. 132.); für das Justinianische Recht aber erscheint jene Auslegung als genügend*).

---

*) A. M. Elvers a. a. O. p. 776. Not. o. vgl. Not. 671.

Viertes Hauptstück.

Von der Verjährung bei denjenigen Rechten neueren Ursprungs, welche nach dem Rechte der Dienstbarkeiten zu beurtheilen sind[675]).

§. 235.

Zu den Dienstbarkeitsrechten kann auch das Jagdrecht*) gehören, wenn es nicht entweder als ein Hoheitsrecht, oder als Ausfluß der Grundherrlichkeit zu betrachten ist. Insoferne nun das Jagdrecht wirklich ein Dienstbarkeitsrecht ist, müssen auch der Natur der Sache nach die von der Dienstbarkeitsverjährung geltenden Grundsätze bei dem Jagdrechte eintreten, sowohl wenn von der Erwerbung dieses Rechts durch Verjährung, als auch wenn von dessen Aufhebung die Rede ist**). Ich trage daher kein Bedenken, die zehn- und zwanzigjährige Ersitzung für zulässig zu erklären, wenn nicht in der Beschaffenheit des Grundes und Bodens, welcher dem Jagdrechte unterworfen werden soll, ein Grund liegt, der die zehn- und

675) Viele werden hier auch die Verjährung der Bannrechte suchen. Diese gehören aber nach meiner Ueberzeugung zu einer anderen Gattung von Rechten, und sollen im siebenten Buche zur Sprache kommen. [Ebenso darf man die Reallasten nicht nach Analogie der Röm. Servituten behandeln. Erwerb durch l. t. praescr. und Untergang durch non usus finden nur vermöge particulärer Bestimmung Statt. Einzig die unvordenkliche Verjährung ist gemeinrechtlich zulässig; vgl. Mittermaier Deutsch. Priv.-R. Bd. I. §. 196. p. 555. §. 198. p. 559. Duncker D. Lehre v. d. Reallasten Marb. 1837. §. 29. 33. Bluntschli Deutsch. Priv.-R. §. 91. Nro. 4. §. 92. Nro. 5. Gerber Deutsch. Priv.-R. §. 169. 171. Gengler Lehrb. §. 71. Not. 33. §. 74. p. 304. Beseler Priv.-R. §. 190. Bd. III. p. 139. 142 f. u. A. m. Wenn Manche, z. B. Bluntschli, eine Aufhebung der Reallasten durch dreißigjährige Verjährung annehmen, so ist die Statthaftigkeit einer solchen Freiheitsersitzung, die das Römische Recht nur bei der Hypothek kennt, (s. §. 249. II. 1.) und deren Anwendung auf Emphyteuse und Superficies (vgl. Anm. 691.) vielleicht schon fraglich erscheint, bei einem einheimischen Institute höchst zweifelhaft. Vgl. indessen Seuffert Arch. I. 185. II. 13. 126. 132. V. 6. VI. 232. IX. 201. 323., wobei jedoch der bloße non usus die 30 oder 40 Jahre hindurch nicht für genügend erachtet wird. Wegen der Verjährung der actio negatoria s. noch oben §. 204. Not. *)].

*) Vgl. Duncker a. a. O. p. 142. Not. 227. Beseler a. a. O. §. 196. u. A. m.

**) S. noch Seuffert Arch. III. 192. aber auch X. 73.

zwanzigjährige Verjährung ausschließt, so daß bloß eine dreißig- oder mehrjährige Ersitzung als zulässig betrachtet werden kann (vgl. §. 208.).

Wenn, wie es in Deutschland der Fall zu sein pflegt, das Jagdrecht zwar an sich als ein Hoheitsrecht betrachtet wird, aber als ein solches, welches in die Hände der Privatpersonen übergehen und dadurch eine privatrechtliche Natur annehmen kann, so ist nicht einzusehen, warum nicht das an Privatpersonen gekommene Jagdrecht, wo es als ein Recht an fremdem Grund und Boden erscheint, wie ein Dienstbarkeitsrecht beurtheilt werden sollte. Dieses rechtfertigt alsdann auch hier die Anwendung der zehn- und zwanzigjährigen Verjährung. Uebrigens ist nicht zu übersehen, daß in Deutschland die Verjährung der Dienstbarkeitsrechte nach besonderen Landesgesetzen oder Gewohnheiten meistens eine dreißigjährige ist; dieses gilt dann natürlich auch vom Jagdrechte[676]).

Die Grundsätze der Dienstbarkeitsverjährung müssen auch eintreten, wenn eine Aufhebung des Jagdrechts durch Verjährung bewirkt werden soll. Zehn- oder zwanzigjähriger Nichtgebrauch wird also hinreichend sein, dem Jagdrechte ein Ende zu machen.

§. 236.

Das Zehntrecht kann man mit einem beschränkten Nießbrauchsrechte vergleichen, so daß es dadurch an die Dienstbarkeitsrechte sich anschließt[677]). Darnach würde denn auch nach

---

676) Besondere Schrift Traugott Thomasius, an ius venandi tempore alias consueto contra aequalem praescribere possit subditus. Lips. 1735. 31 S. 4. [S. gegen d. Ansicht des Verf. bes. Duncker a. a. O. p. 142.]

677) Es ist unrichtig, die Zehnten mit den jährlich zu entrichtenden Gefällen zusammenzustellen, wie z. B. Rave (de praescr. §. 124.) thut. Das Recht, welches in Ansehung der letzten Statt findet, kann nur als eine Schuldfoderung beurtheilt werden, wenn auch ein dingliches Recht an sie geknüpft ist (vgl. §. 254.). Wer ein Zehntrecht hat, der kann nicht verlangen, daß Früchte erzeugt werden; aber wenn Früchte erzeugt worden sind, so ist er befugt, sich seinen Theil davon zu nehmen. [vgl. Bluntschli a. a. O. p. 463 f. Gengler a. a. O. p. 329 f.] Daher geht hier das Recht nicht auf ein dare, facere, praestare oportere, sondern es enthält ein Verfügungsrecht über die Sache, gleich dem usus fructus und usus. Wenn ausnahmsweise der Zehntberechtigte fodern kann, daß der Zehntpflichtige ihm den Zehnten in die Scheune

allgemeinen Grundsätzen das Recht der Verjährung festzustellen sein. Insoferne man annimmt, daß die Dienstbarkeitsrechte überhaupt, namentlich also auch die persönlichen Dienstbarkeitsrechte, erworben werden, wenn sie zehn oder zwanzig Jahre hindurch nec vi, nec clam, nec precario und mit gutem Gewissen (bona fide), wie man wenigstens nach den Grundsätzen des kirchlichen Rechts hinzufügen muß, ausgeübt worden sind, so wird man berechtigt sein, dieses auch als ein für die Zehnten geltendes gemeines Recht zu betrachten. Umgekehrt muß man den Satz aufstellen, daß die Zehntrechte durch zehn- oder zwanzigjährige Nichtausübung erlöschen, ohne daß der Zehntpflichtige seinerseits etwas dabei zu thun hätte, um sich in den Besitz der Freiheit zu setzen. Manche Arten des Blutzehnten, z. B. der Fohlenzehnt, kommen sehr selten zur Erhebung. Hier genügt es aber auch zur Erhaltung des Besitzes, wenn der Zehntberechtigte fortwährend die geworfenen Fohlen gehörig verzeichnet, um in dem eintretenden Hebungsfalle sich ausweisen zu können.

Dieß im Allgemeinen. Die kirchlichen Zehnten (decimae ecclesiasticae) erfodern noch eine besondere Untersuchung. Das kirchliche Recht verbietet aufs kräftigste die Veräußerung kirchlicher Zehnten an die Laien, und mißbilligt in diesem Sinne auch jede Verjährung (C. XVI. qu. 7. c. 1.; cap. 7. X. de praescr. 2. 26.); nur haben freilich die Ansichten Gregor's VII. und Alexander's III. nicht überall Eingang gefunden, und namentlich in Deutschland blieben nach wie vor die Kirchenzehnten auf Laien übertragbar. Demnach ist auch an der Zulässigkeit der Verjährung an sich nicht zu zweifeln, es wird aber eine vierzigjährige Verjährung gefodert werden müssen, weil gegen Kirchen eine zehn-, zwanzig- oder dreißigjährige Verjäh-

---

fahre, so geht dieses eigentlich über die reine Natur des Zehntrechts hinaus, indem hier eine Art von Frohnrecht mit dem Zehntrechte in Verbindung tritt. ⊕Daß das Zehntrecht nicht so wie der Römische ususfructus und usus an das Leben einer Person geknüpft ist, macht freilich einen wichtigen Unterschied.⊕ [Mag man annehmen, daß die Zehntlast zunächst auf den Früchten (s. Mittermaier a. a. O. §. 185. Nro. 9.) ruhe, oder daß sie gleichzeitig auf dem Boden hafte, (s. Bluntschli a. a. O. §. 95. Bd. I. p. 463.) was namentlich bei Culturveränderungen wichtig wird, immer gehört das Zehntrecht zu den Reallasten, und folgt den für diese geltenden Regeln. S. indessen auch Seuffert Arch. I. 22.]

rung unstatthaft ist, und die vierzigjährige Verjährung deren Stelle eingenommen hat (vgl. Th. 1. §. 40.). Sind die kirchlichen Zehnten durch eine solche Verjährung erst einmal in Laienzehnten verwandelt, so kommt alsdann das gemeine Verjährungsrecht bei ihnen zur Anwendung*). Das kirchliche Recht ist aber auch einer Uebertragung der kirchlichen Zehnten an Geistliche ungünstig, insoferne dadurch die Zehnten den Händen derjenigen entzogen werden, denen sie in Folge der im Lande geltenden Einrichtungen (ius commune) zufließen sollten; namentlich also wenn die zum Pfarrgute gehörigen Zehnten an Klöster gelangen, oder wenn Zehnten außerhalb der Grenzen des eigenen Pfarrbezirks erworben werden sollen. Dieß hat Einfluß auf die Verjährung. Insoferne nämlich derjenige, welchem nach allgemeinen Grundsätzen der Zehnte gebührt, denselben gegen eine Kirche oder kirchliche Anstalt durch Verjährung erwerben will, bedarf es zur Begründung einer vierzigjährigen Verjährung keines besonderen Rechtsgrundes, es genügt, daß er mit gutem Gewissen (bona fide) den Zehnten erhoben hat. Insoferne aber die Verjährung einen den allgemeinen Einrichtungen zuwiderlaufenden Zustand begründen soll, bedarf es noch außerdem eines gültigen Rechtsgrundes. Doch genügt die Unvordenklichkeit, auch wenn ein gültiger Rechtsgrund nicht nachgewiesen werden kann[678]). Wenn eine geist-

---

*) Eine Translativverjährung von Reallasten ist eben so unzulässig wie eine constitutive, da beide ihrer Natur nach nicht verschieden sind. s. Schirmer Usuc. p. 65. Eine Ausnahme hat in Betreff der Zehnten das kirchliche Recht in c. 1. de praescr. in VI. eingeführt. vgl. Duncker a. a. O. p. 164—166. Gengler a. a. O. §. 72. Wegen c. 6. X. de praescr. 2. 26. vgl. v. Savigny Syst. §. 244. Not. q. Duncker a. a. O. p. 144. Ebenso dürfte auch c. 4. eod. bloß von der Klagenverjährung zu verstehen sein.

678) Cap. 1. de praescr. in Sext. 2. 13. „Episcopum, qui ecclesias et decimas, quas ab eo repetis, proponit, licet in tua sint constitutae dioecesi, se legitime praescripsisse, adlegare oportet, cum ius commune contra ipsum faciat, huiusmodi praescriptionis titulum et probare. Nam licet ei, qui rem praescribit ecclesiasticam, si sibi non est contrarium ius commune, vel contra eum praesumtio non habeatur, sufficiat bona fides, ubi tamen est ei ius commune contrarium, vel habetur praesumtio contra ipsum, bona fides non sufficit, sed est necessarius titulus, qui possessori causam tribuat praescribendi, nisi tanti temporis allegetur praescriptio, cuius contrarii memoria non exsistat.“ [vgl. Bd. I. §. 143.]. Frühere Verordnungen (cap. 4. 6. X. de praescr. 2. 26.) sprechen von der Zulässigkeit

liche Stelle durch die vierzigjährige Verjährung den Zehnten ganz oder zum Theile verlieren soll, so ist noch zu bemerken, daß die ganze Zeit, in welcher diese Stelle etwa unbesetzt gewesen ist, abgerechnet werden muß (cap. 4. X. de praescr. 2. 26.). Ferner ist bestimmt, daß [das] durch Verjährung erworbene [Zehntrecht] sich nicht auf [den später hinzukommenden Neubruch] (decimae novales) erstrecke (cap. 29. X. de decim. 3. 30.)[679]). Ob durch Verjährung eine Verwandlung des Zehntrechts in eine Geldrente bewirkt werden könne, ist eine Frage, die nach meiner Meinung gar nicht nach den Grundsätzen entschieden werden darf, welche wir bei der Verjährung des Zehntrechts zum Grunde gelegt haben. Eine Geldrente ist kein Recht, welches unmittelbar an dem Grund und Boden Statt finden könnte, es ist ein bloßer Anspruch auf eine Leistung. Demnach würden die Grundsätze eintreten, welche bei den Gutsleistungen gelten (vgl. §. 254.) und diesen gemäß würde nach gemeinem Rechte nur etwa die Zuläßigkeit einer unvordenklichen Verjährung zu rechtfertigen sein, insoferne nicht die mehrjährige Leistung einer Geldrente statt der wirklichen Früchte als Beweis einer getroffenen Uebereinkunft gelten kann. Daß im Gegentheile das Recht auf die Geldrente verloren geht, wenn in der überhaupt für die Aufhebung der Leistungsrechte erfoderlichen Verjährungszeit (von dreißig oder vierzig Jahren) der wirkliche Zehnt erhoben worden ist, dürfte wenig Bedenken haben.

---

einer vierzigjährigen Verjährung, ohne einen Rechtsgrund zu fodern. Im cap. 31. X. de decim. 3. 30. findet sich schon ausgesprochen, daß die Schenkung eines Laien kein gültiger Rechtsgrund zur Begründung einer Verjährung sein solle.

679) Ueber die Verjährung der Zehnten vgl. man I. H. Böhmer, ius eccles. Protest. lib. III. tit. 30. (Tom. III.). Eine besondere Schrift dieses Verfassers de praescr. circ. dec. ist eigentlich nur eine erste Ausgabe der ersten Hälfte jenes Titels, und hätte billig in die exerc. ad Pand. (Tom. V. exerc. 86.) gar nicht aufgenommen werden sollen. Des W. L. F. Sames rechtliches Bedenken üb. d. Zehntr. u. d. dabei Statt habende Verj. (Gießen, 1782.) ist mir nicht zu Gesicht gekommen. Ueber eine zweiunddreißigjährige Verjährung der ober- und niederösterreichischen Landesrechte sehe man Riccius (praescr. German. pag. 51.).

Viertes Buch.

Verjährung bei dinglichen Rechten, die mit Leistungen oder mit Dienstpflichtigkeit zusammenhangen.

I.

Verjährung bei den dinglichen Rechten an einer emphyteusis oder superficies.

A.

Einleitung.

§. 237.

Das Römische Recht gewährt demjenigen, der in Folge eines Schuldverhältnisses den Genuß oder Gebrauch einer Sache gegen eine von ihm zu entrichtende Gegenleistung auf eine Zeit lang anzusprechen hat, in der Regel weder ein Verfolgungsrecht gegen den Besitzer als solchen (in rem actio), noch auch einen Besitz, der ihn berechtigen könnte, sich über Verletzungen desselben zu beschweren und die zum Schutze desselben eingeführten Interdicte für sich in Anspruch zu nehmen. Es fehlt also an einem dinglichen Rechte gänzlich. Weder der Pächter noch der Miether haben daher ein Besitzrecht (vgl. v. Savigny, R. d. Bes. S. 322 f.) oder eine dingliche Klage. Dieses ist die Regel; sie ist aber nicht ohne Ausnahme.

I. Die erste Ausnahme finden wir bei den agri vectigales und emphyteutici. Agri vectigales sind nach Hyginus (Röm. Feldm. I., p. 116. 117.) Grundstücke, welche von dem Römischen Volke, von den Städten, von den priesterlichen Genossenschaften und von den Vestalischen Jungfrauen [in Erbpacht

ausgethan] wurden*); der Pachtschilling mochte in Geld oder Früchten gestellt sein (ebend. p. 205. vgl. II. p. 318.). In den Digesten ist nur noch von den agri vectigales der Städte die Rede. Die in Zeitpacht gegebenen Aecker derselben (qui ad tempus locantur) heißen hier agri non vectigales**). Doch wird ein dingliches Recht nicht bloß bei jenen, sondern auch bei den agri non vectigales angenommen[680]). Mit dem an den agri vectigales Statt findenden Rechte ist in der Justinianischen Zeit das Recht der praedia emphyteutica zusammengeschmolzen (vgl. v. Savigny, R. d. Bes. S. 121 ff. [Arndts in Weiske's Rlex. III. p. 849 ff.]), dergleichen als eine Art kaiserlicher Pachtgüter in dem Theodosischen Codex häufig erwähnt werden (vgl. Iac. Gothofredi parat. ad lib. X. tit. 3. Th. C.), späterhin aber auch als vererbpachtete Privat- und Kirchengüter vorkommen (Iust. Cod. IV. 66. de iure emphyt.; l. 32. C. de episc. aud. 1. 4.). Die Beschaffenheit des dinglichen Rechts, welches bei den agri vectigales und emphyteutici anzunehmen ist, hat man auf mancherlei Weise zu bestimmen gesucht. Doch bin ich mit Thibaut (jurist. Abh. S. 266 fgg.), dem jetzt auch Savigny (R. d. Bes. S. 123 f.) beigetreten ist, darin ganz einverstanden, daß das Recht des emphyteuta kein Eigenthum ist, so daß ihm nicht einmal ein in bonis esse beigelegt werden kann[681]). Es ist

*) Gai. III. §. 145. — si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu id vectigal praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi eius praedium auferatur — cf. L. 1. pr. D. si ager vect. 6. 3.; verschieden ist dagegen die Zeit, auf welche die Einziehung des vectigal selbst verpachtet wird. Hyg. l. l. p. 116. v. 12. 13. Sicul. Flacc. p. 162. v. 25. Rudorff Grom. Inst. p. 315 f.

**) L. 1. pr. D. cit. vgl. Puchta Inst. II. §. 245.

680) L. 1. §. 1. D. eod. „Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem ....“ L. 3. D. ib. „Idem est, et si ad tempus habuerint conductum ....“ [Nach Arndts a. a. O. p. 849. ist die letzte Stelle nicht auf gewöhnliche Zeitpacht, sondern auf Aecker zu beziehen, die nach dem Recht der agri vectigales aber nur auf bestimmte Jahre ausgethan sind. vgl. Nov. 7. c. 3. §. 2. — ἐπὶ ἐμφυτεύσεως προσκαίρου. —]

681) [S. noch Büchel civilr. Erört. Bd. I. Marb. 1847. p. 306 ff.] Die bei den praedia vectigalia Statt findende dingliche Klage heißt in der l. 15. §. 26. D. de damn. inf. 39. 2. „vectigalis actio.“ Die formula actionis mag wohl der Eigenthumsklage nachgebildet gewesen sein. Bekanntlich wußte man auch die Publiciana actio diesem Verhältnisse anzupassen (l. 12. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2.).

also ein dingliches Recht an einer dem Eigenthume nach fremden Sache, und mag immerhin mit einem Dienstbarkeitsrechte, namentlich mit dem Nießbrauchsrechte, verglichen werden, wenn man nur nicht vergißt, daß es sich doch auch wieder wesentlich von dem Nießbrauchsrechte unterscheidet, und dem in bonis esse sich nähert (vgl. l. 1. D. de cond. trit. 13. 3.); daher denn auch das Recht des emphyteuta in Beziehung auf den Fruchterwerb von dem Rechte des usufructuarius verschieden ist. Das Wesen dieser Verschiedenheit liegt theils in dem größern Umfange der Rechte (denn der emphyteuta hat kein bloß lebenslängliches Recht, und ist auch keineswegs auf die Benutzung der Sache in ihrem unveränderten Zustande beschränkt), theils in der eigenthümlichen abhängigen (accessorischen) Natur, in Folge deren das dingliche Recht bloße Erweiterung und Zugabe eines persönlichen Rechts ist [682]). Daß dem emphyteuta das vollständige (abgeleitete) *) Besitzrecht (und nicht eine bloße quasi possessio) **) beigelegt werden muß, ergiebt sich aus zwei Gründen. Erstens weil doch nicht zu verkennen ist, daß die beim ager vectigalis Statt findende Rechtsform sich an das Recht des ager publicus anschließt (vgl. v. Savigny, R. d. Bes. S. 222.). Sodann aber auch, weil es unnatürlich scheinen mußte, daß derjenige fortdauernd Besitzer bleibe, welcher die Sache zum vollen Nießbrauche und ohne Zeitbeschränkung (wie es doch bei der Verleihung auf Erbzins der Fall ist) an einen andern überläßt. Wurde doch schon bei demjenigen, welcher eine Sache als precarium hingab, angenommen, daß er sich des Besitzes entäußert habe; wie vielmehr bei der Bestellung einer emphyteusis! Ist nun von Seiten des Eigenthümers kein Hinderniß des Besitzes vorhanden, so steht der Begründung eines Besitzes für den emphyteuta nichts im Wege. Ganz abgesehen von der geschichtlichen Erklärung kann ich also in dem „abgeleiteten“

---

682) Damit hängt zusammen, daß der emphyteuta gegen den Eigenthümer nur so lange geschützt wird, als er den Grundzins ordentlich entrichtet (l. 2. D. si ager vectig. 6. 3.).

*) Dieß ist freilich bestritten, da Manche z. B. Puchta in Richter's krit. Jahrb. 1837. p. 679 f. Böcking Pand. I. p. 451 f. den Emphyteuta zum selbständigen corporis possessor machen.

**) Wie neuerdings Arndts Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. III. p. 367 ff. Brinz Pand. I. p. 79.

Besitze des emphyteuta nichts Regelwidriges finden; und dieses ist der Punkt, in welchem Savigny's Ansicht nicht die meinige ist.

II. Die zweite Ausnahme tritt ein bei der superficies. Wer einen Platz miethet, um ein Gebäude auf demselben zu errichten[683]), der wird durch eine dingliche Klage auf ähnliche Weise wie der emphyteuta geschützt, wenn er die Miethe nicht etwa bloß auf eine bestimmte Zeit, sondern ohne eine solche Zeitbestimmung (in perpetuum) abgeschlossen hat; selbst bei einer Miethe auf bestimmte Zeit (ad tempus) wird eine dingliche Klage verstattet, wenn auf eine ungewöhnlich lange Zeit („non ad modicum tempus") die Miethe eingegangen worden ist (l. 1. §. 3. D. de superf.). Wahrscheinlich wurde die dingliche Klage auf die superficies gerichtet und dabei das Grundeigenthum fingiert[684]). Uebrigens ist es zwar gewiß, daß der superficiarius kein Eigenthum hat, daß also sein Recht ein Recht an einer fremden Sache ist (l. 2. D. eod.); dennoch ist dieses Recht von einem Nießbrauchsrechte eben so verschieden, wie das Recht des emphyteuta. Auch ist eine gewisse Gleichstellung mit dem Eigenthume unverkennbar[685]). Eben darum zweifle ich keinen Augenblick, daß dem superficiarius eine wirkliche possessio (nämlich ein abgeleiteter Besitz), und nicht eine bloße quasi possessio

683) Man konnte auch das Gebäude, wenn es bereits stand, käuflich an sich bringen. Darauf beziehe ich die Erwähnung der emtio in der l. 1. §. 1. D. de superfic. 43. 18.

684) L. 1. §. 4. D. eod. „Is autem, in cuius solo superficies est, utique non indiget *utili actione;* sed habet in rem, qualem habet de solo ...." Also eine utilis actio fand Statt; dann wird man ja wohl an eine fictio denken dürfen. [s. dag. Rudorff Zeitschr. f. gesch. R.-W. XI p. 234. 235.]

685) Ich führe hier Folgendes an. 1) Die in rem actio des superficiarius wird mit der Eigenthumsklage in unmittelbare Verbindung gebracht (l. 74. D. de R. V. 6. 1.). 2) Der Eigenthümer bedient sich gegen den superficiarius nicht einer negatoria actio, wie gegen den Nießbrauchsberechtigten, sondern er vindiciert die superficies (l. 1. §. 4. D. de superf. 43. 18.). 3) Der superficiarius kann Dienstbarkeitsrechte bestellen, welche durch utiles actiones geschützt werden, so daß z. B. ein quasi ususfructus oder quasi usus an der superficies möglich ist. Das Nämliche gilt von dinglichen Dienstbarkeitsrechten. (L. 1. §. 6. 9. D. eod.). ⊕ 4) Der Superficiar hat im Unterschiede von dem Nießbraucher (L. 1. §. 20. D. de O. N. N. 39. 1.) gleich dem Eigenthümer das Recht der operis novi nuntiatio. (L. 3. §. 3. D. eod.) ⊕ [vgl. Ihering Abh. p. 121 ff.].

zugeschrieben werden muß. Es wirkt hier, wenn auch nicht der erste, so doch der zweite von den Gründen, aus welchen dieselbe Behauptung in Beziehung auf die emphyteusis gerechtfertigt worden ist[686]). Gesetzt aber auch, daß der dem emphyteuta beigelegte Besitz bloß aus äußern Gründen erklärt werden müßte, und nicht schon in der innern Natur des ihm zustehenden Rechts seine genügende Erklärung fände, so glaube ich doch, daß wir bei der großen Verwandtschaft, welche zwischen der emphyteusis und der superficies Statt findet, berechtigt waren, das bei der emphyteusis geltende Recht auch auf die superficies anzuwenden, denn es würde anzunehmen sein, daß man diese Eigenheit des emphyteutischen Rechts auf das so sehr verwandte Recht der superficies (welches doch wohl jünger ist, als das Recht des ager vectigalis) ohne Bedenken übertragen habe, wenn auch die geschichtlichen Rücksichten, welche bei der emphyteusis wirkten, hier nicht mehr in Betracht kommen konnten*). Die

---

686) Im Zweifel wird doch wohl der Umstand nicht ohne Berücksichtigung bleiben dürfen, daß l. 1. §. 2. D. eod. nicht von einer *quasi* possessio, sondern von einer possessio des superficiarius spricht. Auch in der l. 1. §. 1. ib. finden wir den Ausdruck possidere. Ich weiß sehr wohl, daß diese Ausdrücke uneigentlich sein können, aber in zweifelhaften Fällen muß doch der eigentliche Ausdruck gelten.

*) Daß auch der Superficiar corporis possessor sei, ist heutzutage wohl die herrschende Meinung; s. die Citate bei v. Vangerow Pand. I. p. 407 f. Dennoch verstößt diese Ansicht gegen den Grundsatz „possessionem plurium in solidum esse non posse," da der Eigenthümer unbestritten mit dem Besitze des Grund und Bodens auch den der superficies behält, so daß der Superficiar ihm gegenüber nur durch eine Einrede geschützt wird. Hierüber hilft m. E. auch die Ausführung bei Böcking Pand. §. 126. Not. 7. nicht hinweg, und offenbar ist durch diese Betrachtung v. Vangerow zu der Annahme einer eigenthümlichen quasi corporis possessio gekommen. Wenn Savigny seinerseits Gewicht auf die Existenz eines besonderen Interdictes de superficie legt, gleichwohl aber hinzufügt (p. 609.), es habe „alle Rechte des int. uti poss.", so soll damit augenscheinlich nur gesagt werden, es sei eine analoge Ausdehnung des letzteren auf die quasi possessio des Superficiar, ebenso wie zu Gunsten des Nutznießers eine solche Statt gefunden hat. Damit fallen die weiteren aus jener Aeußerung gezogenen Argumente Böcking's in sich zusammen. — L. 1. §. 5. D. de vi 43. 16., worauf Bruns Bes. p. 9. 10. sich vornehmlich beruft, faßt bloß die eine Voraussetzung des Interdicts, Dejection von einem Immobile, ins Auge, wobei zwischen int. dir. und utile noch nicht unterschieden zu werden brauchte. (Vgl. indessen auch wegen L. 1. §. 5. cit. L. 3. §. 13. D. eod. fr. Vat. §. 91. Rudorff a. a. O.

entgegengesetzte Meinung hat v. Savigny (R. d. Bes. S. 120., S. 331—335.). Seine Gründe sind folgende. 1) Das Recht des superficiarius ist ein ius in re; es muß also bei der Regel bleiben, zufolge welcher bei den iura in re eine bloße quasi possessio eintritt, der Besitz des Eigenthümers aber fortdauert. Allein jene Regel ist nichts weniger als bewiesen. Sie findet Statt bei den dinglichen Dienstbarkeiten, wo das Gegentheil ganz undenkbar wäre. Sie findet auch Statt bei dem Nießbrauchsrechte, wo sie sich aus der beschränkten Natur des Nießbrauchsrechts erklären läßt. Sie findet nicht Statt beim Pfandrechte, und eben so wenig bei der emphyteusis; Beweis genug, daß bei den iura in re keine Regel gilt, sondern die besondere Natur derselben entscheidet. 2) Der superficiarius hat ein eigenes interdictum, und nicht das interdictum uti possidetis, „welches doch bei jedem juristischen Besitze Statt findet." Dieses halte ich für ganz zufällig, und erkläre es ganz einfach aus dem Umstande, daß die Grundlage des dem superficiarius zustehenden Rechts eine ausdrückliche Stelle des Edicts ist, und daß durch diese zugleich ein besonderes interdictum eingeführt wird. Hätte sich das Recht der superficies frei auf wissenschaftlichem Wege entwickelt, so hätte man natürlich das interdictum uti possidetis angewendet. Ich glaube also, so wenig man bei dem Nießbrauchsberechtigten daraus, daß er das interdictum uti possidetis hat, schließen kann, er habe ein wirkliches Besitzrecht, so wenig kann man bei dem superficiarius daraus, daß er jenes interdictum nicht hat, einen Schluß auf das Gegentheil ziehen[687]. 3) Die l. 3. §. 7. D. uti possidetis, 43. 17. soll Savigny's Ansicht ebenfalls begünstigen. Allein es will mir doch scheinen, als ob der letzte Theil der Stelle nicht so ganz und gar außer aller Beziehung zu dem ersten stünde, als es v. Savigny bei seiner Erklärung annimmt. Es ist näm-

---

p. 232 f.). Wesentlich für Savigny spricht endlich die Stelle, an der Ulpian im Edictscommentare das interd. de superf. abhandelt. s. noch Puchta Pand. §. 137. Not. b. Kl. civ. Schr. p. 419. Rudorff a. a. O. p. 229—231. Seuffert Pand. R. §. 191. Not. 6. Brinz Pand. I. p. 80.

687) Mit Recht sagt v. Savigny selbst (R. d. Bes. S. 330.) in Beziehung auf den Nießbrauch „unter welchem Namen ein Interdict zugelassen werde, ist offenbar von dem Rechte überhaupt, ein Interdict zu gebrauchen, sehr verschieden."

lich in der Stelle von einer ganz besonderen Art von superficies die Rede, welche nicht auf einem leeren Platze, sondern über einem andern Gebäude steht. Warum sollte ich auch das flache Dach meines Nachbars zum Behufe einer Anlage nicht eben so gut miethen können, als einen leeren Fleck? Geschah es aber, so war kein Grund da, weshalb man nicht das Edict des Prätors über die superficies auf dieses Verhältniß hätte anwenden sollen. Nur war es unmöglich, anzunehmen, daß der Hausbesitzer durch die Vermiethung seinen Hausbesitz habe aufgeben wollen. Er blieb also nach wie vor Hausbesitzer; und eben darum war es undenkbar, daß in diesem besonderen Falle der superficiarius mehr als eine quasi possessio erlangte[688]).

§. 238.

Es entsteht nun die Frage, ob eine Verjährung bei der emphyteusis oder superficies sich denken lasse, d. h. ob das dingliche Recht des emphyteuta und des superficiarius durch Verjährung begründet, von dem Einen auf einen Andern übertragen, oder endlich aufgehoben werde. Davon, ob an einem fundus emphyteuticus oder an einer superficies Eigenthum durch Verjährung erworben werden könne, ist hier nicht die Rede. Namentlich ist nicht davon die Rede, ob die Eigenthumsverjährung zu Gunsten desjenigen, welcher ein Grundstück zur emphyteusis oder superficies an einen Andern überlassen hat, fortlaufe. Diese Frage ist schon anderswo und zwar bejahend beantwortet, indem angenommen wurde, daß hier, wie bei der

---

688) Labeo macht in Beziehung auf den vorausgesetzten Fall die Bemerkung, daß ein coenaculum (Obergeschoß) bald als superficies, bald als das Haus selbst erscheine. Wenn nämlich der Eingang von der Straße in das coenaculum gehe, so sei das Untergeschoß als ein bloßer Keller zu betrachten, und der Besitzer des coenaculum sei der eigentliche Hausbesitzer. Außerdem (also namentlich in dem Falle, wo man aus des Nachbars Hause in das coenaculum kommt), sei das coenaculum als superficies anzusehen. Da, wo jedes Geschoß seinen eigenen Eingang von der Straße aus hat, würde diese Bemerkung des Labeo nicht ausreichen, um in zweifelhaften Fällen zu bestimmen, wer der eigentliche Hausbesitzer sei. [Die Argumentation des Verf. über den Inhalt der L. 3. §. 7. cit. müßte consequent freilich auch auf den Boden angewendet werden, auf welchem die superficies steht.]

Verpfändung, der Ersitzungsbesitz fortdauere*). Daß eine solche zu Gunsten des Urhebers der emphyteusis oder superficies eingetretene Ersitzung für die Sicherheit des emphyteuta oder superficiarius von mittelbarer Wirkung sein müsse, leuchtet von selbst ein; aber eben so klar ist es, daß man hier nicht sagen kann, das Recht des emphyteuta oder des superficiarius an und für sich habe durch die Ersitzung eine Rechtsveränderung erfahren.

B.

Begründende Verjährung.

§. 239.

Zuerst also, kann das dingliche Recht des emphyteuta oder superficiarius durch Verjährung begründet werden?

I. Es kann sein, daß ein Nichteigenthümer eine emphyteusis oder superficies bestellt hat. Alsdann ist die Frage nach der Möglichkeit einer eigenthümlichen, für den emphyteuta oder superficiarius geltenden Ersitzung wichtig, wenn die Verhältnisse, in welchen der Urheber der emphyteusis oder superficies sich befindet, von der Art sind, daß für ihn selbst eine Ersitzung nicht Statt finden kann; sonst schützt, wie eben bemerkt worden ist, die Ersitzung des Urhebers auch diejenigen, welche ihre Rechte von ihm ableiten. Man denke aber z. B. an einen Fall, wo dem Urheber der redliche Besitz fehlt, während der emphyteuta oder superficiarius auf redliche Weise zum Besitze gelangt sind. Hier würden diese des Vortheils der Ersitzung genießen und dadurch auf jeden Fall dem Eigenthümer gegenüber gewinnen. Dagegen würde dieser gegen den locator siegen, und in Folge dieses Sieges ihn zwingen können, seine (persönlichen) Rechte aus der locatio emphyteuseos vel superficiei auf ihn zu übertragen; eine Uebertragung, die für ihn wichtig wäre, weil er ohne sie nicht die Befugniß hätte, von dem emphyteuta oder superficiarius den Grundzins einzufodern, und dieser der Strenge nach fortdauernd verpflichtet bliebe, den Grundzins an den ursprünglichen locator (den Nichteigenthümer) zu entrichten. Denkbar ist also eine eigenthümliche

*) Vgl. auch Arndts in Weiske's Rlex. Bd. III. p. 858. Not. 56. v. Vangerow Pand. Bd. I. p. 410.

Ersitzung des emphyteuta oder superficiarius allerdings. Ist sie aber auch rechtlich zu begründen? Weder in den vorjustinianischen, noch in den Justinianischen Rechtsquellen ist von einer solchen Verjährung die Rede. Wenn dennoch die neueren Rechtsgelehrten gewöhnlich bei der emphyteusis oder superficies eine Ersitzung annehmen, so setzen sie gewissermaßen als etwas, was sich von selbst verstehe, voraus, daß es eine solche Ersitzung geben müsse, und sind nur darüber uneinig, ob man das beim Eigenthume oder das bei den Dienstbarkeiten geltende Ersitzungsrecht in Anwendung zu bringen habe (vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 8. S. 468. 469.). Schon die Möglichkeit eines solchen Streites zeigt das Mißliche des ganzen Verfahrens (vgl. Zimmern, in dessen und Neustetel's Abhdl. S 127.). Die Anwendung der Eigenthumsverjährung hat noch insbesondere gegen sich, daß die usucapio in ihrer älteren Gestalt niemals bei den agri vectigales (und also wohl noch viel weniger bei der superficies) Anwendung gefunden hat[689]). Was

689) L. 12. §. 2. 3. D. de Publ. act. 6. 2. „§. 2. In vectigalibus et in aliis (ursprünglich hieß es wohl provincialibus; vgl. Hasse, im Rhein. Mus. Heft 1. S. 114. Anm. 50. u. Bd. I. p. 185. Not. *)) praediis, quae usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona mihi tradita sunt. §. 3. Idem est, et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero." Auch in der l. 15. §. 26. D. de damn. inf. 39. 2. wird die Unanwendbarkeit der usucapio vorausgesetzt. Es ist in dieser Stelle von der missio in possessionem damni infecti nomine die Rede, und zwar insoferne sie bei einem praedium vectigale gegen den conductor verfügt wird (denn von dem Falle, wo sie gegen den locator — die municipes — verfügt wird, handelt der folgende §.). In dieser Beziehung nun sagt Ulpian „Si de vectigalibus aedibus non caveatur, mittendum in possessionem dicemus, nec iubendum possidere (d. h. es erfolgt keine missio ex secundo decreto in der gewöhnlichen Form des possidere iubere); nec enim dominium capere possidendo potest (hier ist offenbar geändert; Ulpian sprach gewiß vom usucapere), sed decernendum, ut eodem iure esset, quo foret is, qui non caverat; post quod decretum vectigali actione uti poterit." [S. noch Arndts in Weiske's Rlex. III. p. 873. Anm. 124.]. Bei der gewöhnlichen Fassung des secundum decretum wurde vielleicht mit dem possidere iubere zugleich die jetzt eintretende Möglichkeit der usucapio ausdrücklich erwähnt (vgl. l. 5. pr. D. eod.); wenn nun, wie billig, derjenige, welcher die Einweisung in den Besitz erlangt hat, bloß in das dingliche Recht des conductor eintreten sollte, so mußte diese Form geändert werden, weil bei ihm von einer Ersitzung gar nicht die Rede sein konnte. Aus dem geänderten Ausdrucke („nec enim dominium capere possidendo potest") ist sogar ein Grund zu entnehmen, um geradezu zu beweisen, daß

von der ursprünglich alleinigen Art der Eigenthumsverjährung gegolten hat, muß aber auch von der Eigenthumsersitzung des Justinianischen Rechts so lange gelten, als nicht das Gegentheil dargethan ist. Die Anwendung der Dienstbarkeitsersitzung [s. Thibaut Pand. §. 327. a. E.] werden ohnehin diejenigen gewiß nicht billigen, welche annehmen, daß diese Ersitzung auf dingliche Dienstbarkeiten eingeschränkt werden muß. Aber selbst diejenigen, welche geneigt sind, auch bei dem ususfructus, bei dem usus und bei der habitatio eine erwerbende Ersitzung gelten zu lassen, dürften mit Recht Anstand nehmen, die Dienstbarkeitsersitzung auf eine Gattung dinglicher Rechte zu übertragen, welche nirgends mit dem Namen servitus belegt ist, und sich in den wesentlichsten Dingen unterscheidet, namentlich dadurch, daß diese dinglichen Rechte bloß an ein persönliches Verhältniß angeknüpft sind, während die Dienstbarkeitsrechte gleich dem Eigenthume ein ganz selbständiges Dasein haben*).

Inzwischen giebt es noch einen anderen, weniger gewöhnlichen Weg, die Zulässigkeit einer erwerbenden Ersitzung für die dinglichen Rechte des emphyteuta und superficiarius zu begründen, als der, von welchem bisher die Rede gewesen ist. Man kann nämlich von der Voraussetzung ausgehen, daß die

---

im Justinianischen Rechte von jeder Eigenthumsersitzung gelten müsse, was früher von der usucapio gegolten hat. — Für die Ausschließung der usucapio bei der superficies läßt sich insbesondere die l. 26. D. de usurp. 41. 3. („Nunquam superficies sine solo capi longo tempore potest") anführen. [S. jedoch Heimbach im Rlex. I. p. 701. Not. 28. Schilling Inst. §. 183. Not. c. Büchel a. a. O. p. 354 f. u. A. m.]

*) Diesen Grund hebt gegen eine constitutive Ersitzung der Superficies namentlich hervor Puchta Inst. §. 244 a. E., während er die einer schon bestehenden zuläßt; s. auch Vorl. I. §. 177. p. 341. Sintenis Civ.-R. I. §. 56. Not. 16. Diese Unterscheidung erscheint jedoch nur dann statthaft, wenn man wie Brinz Pand. I. p. 288 f. den der Emphyteuse u. s. w. zu Grunde liegenden obligatorischen Nexus auf die Personen der ursprünglichen Constituenten beschränkt. — Andere s. bes. v. Vangerow Pand. I. p. 904. halten die Ersitzung für unmöglich, weil der Emphyteuta und resp. Superficiar corporis, nicht iuris possessor sei, also was er nicht besitze, auch nicht ersitzen könne. Allein aus dem Mangel quasipossessorischer Interdicte folgt noch nicht die Unzulässigkeit eines Rechtserwerbes durch fortgesetzte Ausübung. vgl. hierüber und über die mannigfachen bei Erörterung dieser Frage begangenen Inconsequenzen Arndts Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. III. p. 376—378. Not. 18—20. „Der einzige respectable Grund gegen die Annahme einer Ersitzung der Emphyteuse ist nur der, daß sie in den Gesetzen nicht anerkannt sei."

longi temporis praescriptio und die praescriptio XXX vel XL annorum ursprünglich bloß in der Eigenschaft einer befestigenden Ersitzung Anwendung gefunden, in der Folge aber durch die l. 8. pr. §. 1. C. de pr. XXX vel XL ann. (vgl. §. 177.) die Kraft einer erwerbenden Verjährung erlangt haben*). Alles kommt darauf an, ob die Voraussetzung gegründet ist, denn gegen die Folgerung möchte wenig einzuwenden sein. Zuerst von der longi temporis praescriptio. Es fehlt durchaus an Stellen, welche dem emphyteuta oder superficiarius das Recht der longi temporis praescriptio zusprechen. Dieses mag zufällig scheinen, weil überhaupt von den Rechten des emphyteuta und superficiarius so wenig die Rede ist; aber da wir nicht im Stande sind, nachzuweisen, daß die longi temporis praescriptio irgend einem Andern als dem Eigenthumsbesitzer Schutz gewährt habe, so bleibt immerhin jenes Schweigen entscheidend. Zwar habe ich in meiner Schrift über die Verj. d. fortges. Bes. S. 288. geäußert, es möchte wohl die longi temporis praescriptio in allen Fällen zulässig gewesen sein, in welchen auch die Publiciana in rem actio zugelassen wurde; allein ich war genöthigt, dieses als eine bloße Vermuthung hinzustellen, ohne einen Beweis dafür liefern zu können. Bei der praescriptio XXX vel XL annorum ist zwar auch nirgendwo besonders festgesetzt, daß sie insbesondere zu Gunsten des emphyteuta oder superficiarius Anwendung finde. Hier ist aber die Lage der Dinge anders, denn die praescriptio XXX vel XL annorum ist ein allgemeines Schutzmittel gegen jede Art von Ansprüchen**). Dennoch trage ich Bedenken, eine solche praescriptio hier zuzulassen. Was mich bewegt, sind zwei Rücksichten. 1) Als die praescriptio XXX vel XL annorum entstand, konnte kein dringendes Bedürfniß vorhanden sein, jene praescriptio zu Gunsten des dem emphyteuta und superficiarius zustehenden Besitzes in Anwendung zu bringen, weil diese schon dadurch, daß jene praescriptio zu

---

*) So Puchta Inst. §. 245 a. E. in Betreff des Emphyteuta und zum Theil auch Arndts im Rlex. III. p. 874. und Fritz i. d. 5. Ausg. v. Wening's Civ.=R. §. 159. Not. r. Bd. I. p. 395. — Daß der Herausgeber diese Ansicht in Bezug der longi temp. praescr. nicht theilen kann, ist schon mehrfach bemerkt worden.

**) Uebereinstimmend Seuffert Pand. §. 187. und im Resultate auch v. Vangerow s. d. vorl. Note.

Gunsten des Nichteigenthümers, von welchem sie ihr Recht ableiten, begründet wurde, wenigstens mittelbar geschützt waren. 2) Die Beschränkung des emphyteuta und superficiarius auf einen solchen mittelbaren Schutz war um so natürlicher, als an und für sich betrachtet beide zu dem Eigenthümer im Verhältnisse des conductor zum locator stehen, und nur aus besonderen Gründen des Bedürfnisses und der Zweckmäßigkeit erweiterte Rechte erhalten haben. Gewiß aber wäre es Unrecht, wenn man über dergleichen außerordentliche Abänderungen die ursprüngliche Natur eines Rechtsverhältnisses ganz vergessen wollte. Seitdem die praescriptio XXX vel XL annorum unter der Voraussetzung eines in redlicher Meinung erworbenen Besitzes eine erweiterte Wirksamkeit erhalten hat (nämlich durch die l. 8. §. 1. C. cit.), würde es allerdings für den emphyteuta oder superficiarius, der sich vielleicht in dem Falle eines redlichen Erwerbers befindet, während er von einem Nichteigenthümer erworben hat, der nicht in diesem Falle war, vortheilbringend sein, wenn ihm ein eigenthümliches Recht der dreißig- oder vierzigjährigen Ersitzung zugestanden würde. Da nun aber auf diese Weise doch nur der erste, und nicht auch der zweite Grund weggefallen ist, weswegen ich für die Nichtanwendbarkeit der dreißig- und vierzigjährigen Ersitzung zu stimmen geneigt bin, so ist wohl einleuchtend, daß dadurch die Lage der Dinge nicht wesentlich geändert wird. Ließe sich beweisen, daß bei den Verpfändungen derjenige, welcher von einem Nichteigenthümer ein Pfand erhalten hatte, durch longi temporis praescriptio oder durch praescriptio XXX vel XL annorum seiner selbst wegen geschützt worden sei, so würden wir wenigstens in einer nicht abzuläugnenden rechtlichen Verwandtschaft Grund zu einem Schlusse auf das Recht der emphyteusis und superficies finden können. Allein dieses ist so wenig der Fall, daß sogar zum Theil noch besondere Gründe aufgestellt werden sollen, welche uns hindern, eine solche Ersitzung zu Gunsten des Pfandgläubigers anzunehmen (vgl. §. 248.)*).

*) Gegen die Zulässigkeit einer solchen Parallele s. Arndts im Rlex. a. a. O. p. 874. Ueberhaupt wird man aus der Interpretation der L. 8. C. cit. die dreißigjährige Ersitzung der Emphyteusis nicht füglich rechtfertigen können, da Justinian dort bloß an einen Eigenthumsbesitz denkt. Nur auf die Analogie verwandter Verhältnisse wird man sich deshalb berufen dürfen, was

II. Es kann sein, daß die locatio der emphyteusis oder superficies einen Mangel in sich trägt, so daß auch das dingliche Recht des emphyteuta oder superficiarius nicht als vollgültig begründet angesehen werden kann, und daß nun der emphyteuta oder superficiarius sich durch Verjährung gegen den locator behaupten will. Diese Verjährung würde auf dieselbe Weise begründet werden müssen, wie in dem vorigen Falle. Darum treten die nämlichen Bedenklichkeiten ein. Es finden sich aber hier noch besondere Zweifelsgründe, welche bei der pfandrechtlichen Verjährung zur Sprache gebracht werden sollen (vgl. §. 248.). Die Ansicht, welche dem Besitze des Pfandgläubigers eine über die natürlichen Grenzen des zwischen ihm und dem Verpfänder bestehenden Verhältnisses hinauswirkende Kraft versagt, wird auch in Beziehung auf den emphyteuta und superficiarius durchgeführt werden müssen; dadurch wird eine Wirksamkeit der Ersitzung gegen den locator natürlich ausgeschlossen*). Für diese Ansicht scheint zu sprechen, daß nach l. 3. §. 7. D. uti poss. 43. 17. der Schutz, welcher dem superficiarius gegen die Ansprüche des Eigenthümers zu Theil werden soll, „secundum legem locationis“ bemessen werden müsse. Die vectigalis actio wird gegen die municipes ebenfalls nur in soweit zugelassen, als es die vertragsmäßigen Verhältnisse mit sich bringen, z. B. nur wenn das vectigal ordentlich berichtigt wird; so wie auch da, wo bei Zeitpachten eine in rem actio Statt findet, diese nur innerhalb der bestimmten Pachtzeit zulässig ist (l. 1. §. 1., l. 2., l. 3. D. si ager vect. 6. 3.).

III. Es kann sein, daß Jemand seit langer Zeit von seiner eigenen Sache einen bestimmten Grundzins an einen Andern (den vermeintlichen Eigenthümer) entrichtet hat. Verwandelt sich nicht hier das Eigenthum in das dingliche Recht eines emphyteuta oder superficiarius, so daß nun derjenige, der so

---

übrigens auch ausreichend sein möchte. A. M. Büchel a. a. O. p. 337 f. 354. Schilling Inst. §. 180. Bd. II. p. 598. §. 183. p. 605. Göschen Vorl. §. 324. u. A. m.

*) Daß L. 14. C. de fund. patrim. 11. 61. hierher zu ziehen sei (vgl. Puchta Inst. §. 245 a. E. Pand. §. 177. Not. t.) läßt sich nicht annehmen. S. Thibaut civ. Abh. p. 274. Not. 14. oben Bd. I. §. 104. Not. *). Dagegen citiert Arndts a. a. O. p. 875. Not. 128 a. für unseren Fall L. 11. C. eod.

lange den Grundzins bezogen hat, Eigenthümer geworden ist? Viele behaupten es (vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 8. S. 472.); aber gewiß mit Unrecht. Denn so wenig Jemand als Pächter seiner eigenen Sache Stellvertreter eines fremdem Besitzes sein kann*) (vgl. v. Savigny R. d. Bes. S. 323. 344.), so wenig kann man als emphyteuta oder superficiarius der Stellvertreter eines fremden Besitzes für einen Dritten sein. Somit fehlt es hier ganz und gar an einem Ersitzunsbesitze, und schon deswegen kann hier nimmermehr eine Rechtsveränderung eintreten[690]).

C.

Uebertragende Verjährung.

§. 240.

Zweite Frage. Kann das dingliche Recht des emphyteuta oder superficiarius durch Verjährung von dem Einen auf einen Andern übertragen werden?**)

Man denke sich z. B., daß die emphyteusis ohne vollgültige Uebertragung, vielleicht ohne allen Rechtsgrund, an einen andern Besitzer gelangt und in dessen fortdauerndem Besitze geblieben ist. Auch wäre möglich, daß derjenige, welcher sein Recht auf die emphyteusis oder superficies aus einer späteren

---

*) Die abweichende Meinung von Arndts a. a. O. p. 875—877. scheitert doch wohl an L. 21. D. de usurp. 41. 3. s. auch Göschen Vorl. Bd. II. §. 324. p. 300 f. Nur ist es zu weit gegangen, wenn Letzterer wegen des Besitzes des Emphyteuta selbst das ad usucapionem possidere des Dominus läugnet. vgl. dag. Arndts a. a. O. Anm. 130. Schilling Inst. §. 180. Not. i. erklärt in diesem Falle, ohne sich auf die Besitzfrage genauer einzulassen, die Entstehung einer Emphyteuse für möglich.

690) Die Frage, ob insbesondere eine kirchliche emphyteusis durch Verjährung erworben werden könne, eine Frage, welche denen, die im Allgemeinen eine erwerbende Verjährung zulassen, noch besondere Schwierigkeiten macht (vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 8. S. 472—474.), kann ich übergehen. Denn da ich eine Verjährung zur Begründung der emphyteusis überhaupt nicht annehme, so versteht es sich von selbst, daß sie auch bei der kirchlichen emphyteusis nicht Statt finden kann.

**) Daß L. 12. §. 2. D. de Publ. act. 6. 2. (s. oben Anm. 689.) der übertragenden Verjährung nicht unbedingt im Wege stehe, sucht nachzuweisen Arndts a. a. O. p. 877. 878. Jedoch wird auch umgekehrt sich aus dieser Stelle nicht viel für die Möglichkeit der longi temp. pr. folgern lassen.

conductio ableitet, durch Ersitzung sich gegen denjenigen, der ein besseres Recht hat, behaupten will. Die Eigenthumsersitzung oder die Ersitzung der Dienstbarkeiten kann natürlich auch hier nicht angewendet werden, wenn es wahr ist, was ich im vorigen §. zu erweisen gesucht habe, daß bei diesen ihrer Natur nach für einen eigenthümlichen Wirkungskreis bestimmten Verjährungsarten von einer Ausdehnung auf eine verschiedenartige Gattung von Rechten nicht die Rede sein darf. Aber von der longi temporis praescriptio und der praescriptio XXX vel XL annorum kann allerdings die Frage sein.

I. Die longi temporis praescriptio glaube ich für unanwendbar erklären zu dürfen, denn diese ist niemals ein allgemeines Schutzmittel des Besitzes gewesen; es käme also darauf an, die Anwendbarkeit in dieser Lehre besonders zu beweisen; und dieses ist unmöglich. Auch beim Pfandrechte ist in einem ähnlichen Falle die Anwendung nicht erweislich (vgl. §. 284.).

II. Die praescriptio XXX vel XL annorum dürfte anders zu beurtheilen sein. Es ist schon mehrmals bemerkt worden, daß diese Art der Verjährung ihrer Natur nach nicht auf den Schutz einer besonderen Art des Besitzes eingeschränkt ist; von dieser Seite wäre also gegen die Möglichkeit einer Anwendung nichts zu erinnern. Entscheidend ist, daß die praescriptio XXX vel XL annorum angewendet wird, um denjenigen, welcher ein schlechteres Pfandrecht hat, gegen den besseren Pfandgläubiger zu schützen; warum also nicht auch, um den mit schlechterem Rechte ausgerüsteten conductor einer emphyteusis gegen denjenigen zu sichern, der ein besseres Recht hat? Hat man nun einmal angenommen, daß die praescriptio XXX vel XL annorum an sich, d. h. in der Eigenschaft einer bloß den wirklichen Besitz beschirmenden Ersitzung, hier angewendet werden kann, so kann es wenig Bedenken haben, in Folge der l. 8. §. 1. C. de pr. XXX vel XL ann. dem dreißig- oder vierzigjährigen Besitzer, wenn er in redlichem Bewußtsein die emphyteusis erworben hat, einen dinglichen Anspruch gegen den besseren emphyteuta zu gewähren*).

---

*) Alle im Obigen angeregten Streitfragen sucht Heimbach a. a. O. p. 701. durch Berufung auf das heutige Recht zu umgehen, welches bei den der Römischen Superficies und Emphyteuse ähnlichen Germanischen Instituten, den sog. Reallasten einen Besitz zulasse; mit dessen Möglichkeit sei dann auch

D.

Aufhebende Verjährung.

§. 241.

Dritte Frage. Kann das dingliche Recht des emphyteuta oder superficiarius durch Verjährung verloren gehen?

Bei Beantwortung dieser Frage muß zuvörderst bemerkt werden, daß die l. 15. §. 27. D. de damn. inf. 39. 2. hier gar nichts beweisen kann. Dort ist ja nur von einer gegen die Eigenthümer des ager vectigalis (gegen die municipes) verfügten Besitzeinweisung die Rede, welche alsdann natürlich die Folge hat, daß eine Eigenthumserwerbung durch Verjährung Statt finden kann, insoferne eine solche überhaupt noch nöthig ist (vgl. d. rhein. Mus. Hft. 1. S. 131. Anm. 5.); von einer Verjährung gegen denjenigen, dem die possessio und der ususfructus des ager vectigalis gehört, ist dort durchaus nicht die Rede. Es wird also nachzusehen sein, ob nicht vielleicht nach allgemeineren Rechtsgrundsätzen oder nach rechtlicher Verwandtschaft eine aufhebende Verjährung sich rechtfertigen lasse. In ähnlicher Art, wie sie bei den Dienstbarkeitsrechten angenommen war, und ursprünglich durch ein- und zweijährigen Nichtgebrauch erfolgte, ist sie hier jedenfalls unerweislich. Da man diese Verjährung der usucapio nachgebildet hatte, und die usucapio bei der emphyteusis und superficies von jeher als unanwendbar erachtet worden war, so war eine solche Anwendung kaum denkbar. Eine andere Frage ist es, ob man nicht durch longi temporis praescriptio, oder doch wenigstens durch praescriptio XXX vel XL annorum gegen die Ansprüche des emphyteuta oder superficiarius sich zu schützen befugt sei, wo alsdann das Recht des emphyteuta oder superficiarius zwar nicht geradezu (ipso iure), aber doch auf dem Wege der Einrede (per exceptionem) aufgehoben würde.

I. Da die longi temporis praescriptio den Erwerber einer

---

die der Ersitzung gegeben. — Allein der Zweifel dawider gründet sich gar nicht auf die Unstatthaftigkeit des Besitzes. vgl. p. 241. Not. *); zudem ist die Berechtigung zu jener Parallele noch fraglich. s. Puchta Vorl. §. 174—177. I. p. 341. a. M. Brinz p. 288.

verpfändeten Sache gegen die ihm unbekannt gewesenen Ansprüche des Pfandgläubigers schützt (vgl. §. 249.), so muß sie auf ähnliche Weise und unter ähnlichen Voraussetzungen gegen die Ansprüche eines emphyteuta oder superficiarius schützen. Den locator*) der emphyteusis oder der superficies wird sie dagegen nicht schützen, wenn er zehn oder zwanzig Jahre hindurch im uneingeschränkten Besitze der emphyteusis oder superficies sich befunden hat, denn es fehlt hier an der erfoderlichen Redlichkeit des Besitzes.

II. Die praescriptio XXX vel XL annorum wird (eben so, wie wenn von der Ausschließung der Pfandansprüche die Rede ist) in dem Falle wichtig, wo es demjenigen, der sich durch die praescriptio schirmen will, an einem redlichen Besitze fehlt; auch wohl wenn der Gegenstand des Besitzes die longi temporis praescriptio ausschließt; doch darf die Foderung des kirchlichen Rechts, welches bei allen Arten der Ersitzung das redliche Bewußtsein fodert, nicht aus den Augen gelassen werden. Schwerlich aber möchte ein genügender Grund vorhanden sein, den Unterschied zwischen einer dreißigjährigen praescriptio zu Gunsten des dritten Besitzers und zwischen einer vierzigjährigen zu Gunsten des Verpfänders zu übertragen; denn da die l. un. Th. C. de act. cert. temp. fin. (s. Th. 1. §. 18.) keine Beschränkung ausgesprochen hat, die uns berechtigte, eine Ausschließung der dreißigjährigen praescriptio für den Fall aufzustellen, wo sie dem locator der emphyteusis oder superficies zu Gute kommen soll, so muß es ganz allgemein bei der Regel bleiben. Wäre freilich der emphyteuta oder superficiarius eine Kirche, so würde nach einer anderweitigen unbestrittenen Regel die vierzigjährige Verjährung

---

*) Und seiner Universalsuccessoren; zu weit geht v. Wening-Ingenheim Civ.-R. I. p. 396. Not. y., wenn er überhaupt dem Eigenthümer die Möglichkeit einer Ersitzung der Freiheit von der an seinem Eigenthume bestehenden Emphyteuse abspricht. s. Arndts a. a. O. p. 879 f. Seuffert Pand. R. §. 188. Heimbach a. a. O. p. 707. 708. Unrichtig ist es mit Brinz Pand. p. 289. (vgl. Thibaut Pand. §. 328. 316.) hier von einem non usus zu reden. Eher mag man an die libertatis usucapio erinnern, nur daß keinesweges von der bei den Servituten geltenden auf die Emphyteuse für das Detail dieser Lehren geschlossen werden darf.

eintreten. Uebrigens wird auf die allgemeinen Grundsätze der praescriptio XXX vel XL annorum zu verweisen sein[691]).

II.

Lehnrechtliche Verjährung[692]).

A.

Einleitung.

§. 242.

Als gemeines Recht hat sich in Beziehung auf Lehnsverhältnisse das Lombardische Lehnrecht bei den Deutschen geltend gemacht, welches daher auch in Beziehung auf das Recht der Verjährung hauptsächlich zu Rathe gezogen werden muß. Es wird sich ergeben, daß in dem Lombardischen Lehnrechte die eigenthümlich Deutsche Verjährungszeit von Jahr und Tag nur insoferne vorkommt, als über die Verwirkung des Belehnungs-

---

691) [Ist auch hier nach Analogie des Pfandrechtes (§. 249. II. 1.) eine Freiheitsersitzung oder bloß eine Klagenverjährung anzunehmen? Nur die letztere statuiert v. Vangerow Pand. I. §. 361. Anm. S. jed. d. vor. Anm.] Ueber die Ansichten Anderer s. Glück Erl. d. Pand. Th. 8. S. 548.

692) Von der Lehnsverjährung handelt am vollständigsten Joh. Ludw. Schmid, in den opuscula de praescriptione; opusc. V. (de praescriptione feudali acquisitiva p. 221—284.); opusc. VI. (de accommodatione praescriptionis feudalis acquisitivae ad feudum pigneraticium, etc. p. 285—334.). Außerdem werden nachzusehen sein K. W. Pätz (Lehrb. d. Lehnr. §. 64—67.), G. M. Weber (Handb. d. Lehnr. Bd. IV. §. 199—206.), Karl von Lancizolle (diss. de praescr. feudi, Berol. 1820. 4.), und K. F. Eichhorn (Einl. in das Deutsche Privatrecht, §. 209.). Weitere Nachweisungen findet man bei Lipenius (T. II. pag. 195. sub rubr. Praescriptio feudalis, und in den Ergänzungen T. I. pag. 394.; T. II. pag. 328.; T. III. pag. 1158.). [S. ferner Mayr Handb. d. gem. u. Bayer. Lehnr. Landsh. 1831. §. 75. 157. 163. Phillips Grunds. d. gem. Deutsch. Priv.-R. §. 211. 244—246. Gerber Syst. d. Deutsch. Priv.-R. §. 118. 134. Hillebrand, Lehrb. d. heut. gem. Deutsch. Priv.-R. §. 206. 221. Beseler Deutsch. Priv.-R. §. 108. 116. B. W. Pfeiffer Art. Lehnsverjährung in Weiske's Rlex. Bd. VI. p. 606 —621.]

rechtes zu entscheiden ist[693]); übrigens scheint das, was über die lehnrechtliche Verjährung sich findet, mehr aus dem Römischen Rechte entlehnt zu sein, welches daher bei den anzustellenden Untersuchungen allenthalben zu berücksichtigen sein wird.

In den einheimisch Deutschen Rechtsquellen kommt dagegen die bekannte Verjährungszeit von Jahr und Tag in einer viel ausgedehnteren Anwendung vor, indem durch den Besitz eines Lehns, sobald dieser Jahr und Tag gedauert hat, eine rechte Gewere entstehen soll, die dem Lehnsbesitzer das Recht giebt, sich durch den Eid [daß er das Gut als Lehn empfangen habe*)] in seinem Besitze zu behaupten. Diese rechte Gewere steht ihm zu: 1) wenn er mit einem Dritten im Streite ist, der das Gut als ein ihm gehöriges Lehn in Anspruch nimmt (wo er den großen Vortheil hat, daß er sich im Besitze erhalten kann, obgleich er nicht im Stande ist, den Lehnsherrn, auf den er sich bezieht, vor Gericht zu stellen, um sich von ihm vertreten zu lassen); aber auch 2) wenn er mit seinem Lehnsherrn selbst im Streite ist, indem dieser die Gültigkeit der Belehnung anficht. Die Stellen, die hier in Betrachtung kommen, sind folgende:

---

693) Nach II. F. 55. §. 2. verwirkt nämlich der Lehnsmann sein Recht am Lehne, wenn er nicht binnen Jahr und Tag [oder wie es I. F. 22. pr. heißt intra annum et mensem vgl. Thl. I. §. 85 a. E.] die Belehnung nachsucht. Unmündige leiden durch ein solches Versäumniß nicht, indem die Stelle ausdrücklich nur von solchen spricht, die über vierzehn Jahre alt sind. Daraus ergiebt sich zugleich, daß Minderjährige nicht ausgenommen sein sollen. Doch folgt deswegen noch nicht, daß auch jede außerordentliche Rechtshülfe durch in integrum restitutio abgeschnitten sein solle (vgl. I. H. Böhmer, exerc. ad. Pand. ex. 84. §. 25.). Auch sonst kann es Gründe geben, welche eine in integrum restitutio rechtfertigen, denn selbst in I. F. 22. pr. findet sich eine Andeutung, daß ein Versäumniß in Nachsuchung der Belehnung nichts schaden soll, wenn es durch außerordentliche Behinderungsfälle entschuldigt ist. Damit stimmt überein, daß in II. F. 55. eine „incuria vel negligentia" von Seite des Säumigen vorausgesetzt wird. Aus II. F. 52. §. III. sieht man überdieß, daß eigentlich nur eine der eigentlichen Gewissenlosigkeit (dolus) gleichzustellende Fahrlässigkeit (incuria vel negligentia) einen unwiederbringlichen Nachtheil zur Folge hat; daher gereicht eine iusta causa impediens immer zur Entschuldigung („dolus enim abesse videtur, si iusta causa impediente steterit"). Gewöhnlich findet man einen Widerspruch zwischen II. F. 52. (von K. Lothar) und II. F. 55. (von K. Friedrich I.); vgl. Weber Handb. d. Lehnrechts, Bd. 4. §. 190.

*) Vgl. Homeyer Sachsensp. II. 2. p. 408.

1. Sächs. Landr. II. 42. §. 1. 2. Sve so klaget up enen anderen, he neme ime gut, dat ir jeweder ime to lene seget; secget se't in von tven herren, ir jeweder sal sinen geweren to dinge bringen; sve gewerd werd de behalt; sves gewere nicht ne kumt, die verlüset, of se't beide sunder gewere anspreket unde to like mit deme gude belent sin. — Hevet aver ir en ene rechte were an deme gude jar unde dach gehat ane rechte wedersprake, he ne verlüset darmede nicht, of ime sin gewere afweke dut to rechter werscap, deste he't selve vor sta na sime rechte. —

2. Richtstig Landr. Cap. 22. (ed. Unger. p. 39. l. 18.). Wenn nun das dinge kummet, so piet des urteils also: nach dem du des einen bekanten hernn hast, der dir nach seiner lehen war gewert hab jar und tag, ob du das icht neher zu behalten seist, dann dirs abzugewynnen sey jener, der der gewer darbet? Das findet man.

3. Sächs. Lehnr. Art. 13. §. 1.*). Of die herre sinem manne besact gudes, dat die man an sinen geweren hevet ses weken unde en jar na deme dat he it untving, ane des herren rechte wedersprake, of die man die rechten geweren dar an getügen mach mit seven mannen, des lenes gewere sterct he al ene uppe'n hilgen, unde behalt dat gut ane getüch, of man mit rechter klage die gewere ime nicht breken ne mach. —

4. Schwäb. Lehnrecht, Cap. 76. (ed. de Lahr) [Lassb. c. 11.]. Unde lougent ein herre sinem man eins lehens. unde hat der man die gewer gehaben iar und tag. in siner stiller gewer. unde mag er die gewer erzivgen. alse hie vor gesprochen ist. So bezivge er sin lehen gen sinem herren mit einem sinem man. und mit einem andern biderben man. hat er der gewer nv̂t. so sol er ez zerehte erzivgen mit zwein dez herren mannen.

5. Augsburg. Stadtrecht v. J. 1276. (in Walch's Beitr. zum Deutschen Rechte, Th. 4. S. 329.), Art 341. „.... Ist aber es lehen, hat er es den fürst, daß es ihm gelihen wird ein Jahr und 6 wochen und einen tag aun recht widersprach in nuz und in gewär; so soll er es fürbas gerubiglich haben: Wölt aber ihn der herr oder anders jemand fürbaß irren

---

*) Ueber das Verhältniß dieser Stelle zu I. F. 26. §. 1. s. Homeyer Sachsenspiegel II. 1. p. 55.

an dem lehen, daß soll ihn der Vogt schirmen, mit der Burger hülffe, ligt es an der Stadt, da es der Vogt und die Burger gethun mögen: Ist aber es Erblehen oder Zinßlehen, wer das hat Jahr und tag in stiller gewehr aun recht widersprach, der soll fürbaß ein gerübter mann seyn, mag er es bringen mit seinen zweyen fingern als recht ist...."

B.

Begründende Verjährung.*)

§. 243.

Ueber die Frage, ob das dem Lehnsmanne zustehende eigenthümliche dingliche Recht durch Verjährung erworben werden könne, dürfen wir natürlich im Römischen Rechte keine Entscheidung suchen. Käme es aber darauf an, die Frage im Geiste des Römischen Rechts zu entscheiden, so würden wir verschiedene Ansichten zu erwarten haben. Ich z. B. würde dieselben Gründe, welche im §. 239. in Ansehung der emphyteusis geltend gemacht worden sind, auch im Lehnsverhältnisse geltend machen, um die Zulässigkeit einer solchen Verjährung zu läugnen; und zwar würde ich nicht nur keine zehn- oder zwanzigjährige, sondern auch nicht einmal eine dreißigjährige Verjährung zulassen. Andere würden dagegen kein Bedenken tragen, entweder das bei den Dienstbarkeitsrechten oder auch das beim Eigenthume geltende Verjährungsrecht in Anwendung zu bringen. Das Lombardische Lehnrecht kennt wenigstens ganz unläugbar eine dreißigjährige Verjährung[694]). Man hatte also

---

*) Vgl. Bartsch De praescriptione feudi acquisitiva Vratisl. 1856. —

694) II. F. 26. §. 5. „Si quis per XXX annos rem aliquam ut feudum possedit et servitium domino exhibuit, quamvis de ea re non sit investitus, praescriptione tamen XXX annorum se tueri potest." Vgl. I. F. 28., wo ebenfalls die dreißigjährige Verjährung als eine den Lehnsbesitz befestigende erwähnt wird. Lancizolle (de praescr. feud. §. 4.) will II. F. 26. §. 5. nicht als beweisend gelten lassen, denn der Ausdruck „praescriptione XXX annorum se tueri" gehe nicht auf erwerbende Verjährung, sondern auf eine „exceptio temporalis." Allein man bedenke, was in Th. 1. §. 3. über die Veränderungen bemerkt worden ist, welche schon zu Justinian's Zeit der Begriff der praescriptio erfahren hatte. Der feine Unterschied zwischen einer erwerbenden und einer bloß befestigenden Verjährung möchte den lehnrecht-

nicht Anstand genommen, die Römische Eigenthumsverjährung wenigstens zum Theile auch im Lehnrechte anzuwenden, ohne sich dadurch abhalten zu lassen, daß hier mit dem dinglichen Rechte zugleich ein Verhältniß persönlicher Treue begründet werden muß. Eigentlich war nun kein Grund vorhanden, warum man nicht auch die zehn- und zwanzigjährige Verjährung auf das Lehnsverhältniß anwenden sollte. Pätz (Lehrb. d. Lehnr. §. 66.) behauptet daher in der That die Zulässigkeit derselben, und beruft sich zur Unterstützung auf II. F. 87., welche Stelle aber theils als capitulum extraordinarium bei den Schriftstellern, welche das in den Gerichten unmittelbar Anwendbare im Auge hatten, wenig Berücksichtigung gefunden hat, theils auch möglicherweise eine andere Erklärung zuläßt[695]). Die in neuerer Zeit gewöhnlich gewordene und als gemeine Ansicht zu betrachtende Meinung*) geht im Gegentheile dahin, daß eine

---

lichen Schriftstellern der Hohenstaufischen Zeit schwerlich geläufig gewesen sein. [S. auch Mayr a. a. O. §. 75. Pfeiffer a. a. O. p. 607. Beseler a. a. O. §. 108. Anm. 3.]

695) II. F. 87. „In beneficiis, ut in ceteris contractibus, praescriptiones currere satis humanum et rationi congruum videtur. Si quis ergo feudum alienum bona fide ab aliquo iusta traditione acceperit, licet, dominus non sit, cum verus dominus in traditione putetur, longi temporis praescriptione ius sibi acquirit. Si vero malam fidem habuerit, nulla se poterit tueri praescriptione, nec etiam de evictione agere poterit.“ Behaupten zu wollen, daß unter longi temporis praescriptio hier nicht die zehn- und zwanzigjährige Verjährung zu verstehen sei, ist sehr bedenklich. Denn wenn auch die Longobardischen Gesetze des siebenten und achten Jahrhunderts bloß die dreißigjährige Verjährung aus dem Römischen Rechte in sich aufgenommen haben (vgl. v. Savigny, Gesch. d. Röm. R. im M.-A. Bd. 2. S. 220.), so folgt noch nicht, daß im zwölften und dreizehnten Jahrhundert der Einfluß des Römischen Rechts noch eben so beschränkt gewesen sei. Richtiger ist, was Lancizolle (de praescr. feud. §. 6.) über diese Stelle sagt. „Credo capituli huius auctorem omnino non de tali acquisitione feudi egisse, qua non cessaret feudalis rei qualitas, qua igitur feudum, licet inter alias personas, continuaretur; sed hunc potius usucapionis casum proposuisse mihi videtur: rem alienam feudalem a non domino tertio cui traditam esse, atque hunc, bona fide et iusto titulo munitum, rem pro sua secundum regulas iuris civilis usucapere. Nam accipientem rem ut feudalem possidere vasallumque tradentis fieri nullo vocabulo indicatur *tradere, accipere, acquirere,* ubi nulla specialis significatio innuitur, nemo non de dominio eiusque acquisitione intelliget.“ [Vgl. Bartsch a. a. O. p. 19. Not. 32.]

*) Nach Pfeiffer a. a. O. p. 608. wäre die gemeine Meinung vielmehr für die Annahme einer ordentlichen zehn- und zwanzigjährigen Lehnsersitzung

zehn- oder zwanzigjährige Lehnsverjährung niemals zulässig sei, auch nicht unter Voraussetzung eines rechtmäßigen Erwerbungsgrundes; dagegen läßt man die dreißigjährige Verjährung eintreten, obgleich es an einem solchen Rechtsgrunde fehlt. Da diese Behauptung den Grundsatz für sich hat, daß man eine Verjährung nur insoweit zulassen müsse, als man im Stande ist, die Zulässigkeit gesetzlich auf eine unzweifelhafte Weise zu rechtfertigen, und da sie überdieß sich im unangefochtenen Besitze des Gerichtsgebrauchs behauptet hat, so ist es billig, daß man diesen Besitz auch fernerhin ungestört lasse. Derselben Meinung ist Eichhorn (Einleit. in d. Deutsche Privatr. §. 209.).

Nach den allgemeinen Grundsätzen des Römischen und kirchlichen Rechtes werden für die Lehnsverjährung folgende Grundsätze aufzustellen sein. 1) Der Besitz, welcher der Verjährung zur Grundlage dienen soll, muß ein wirklicher Lehnsbesitz sein, indem eine Inhabung, welche bloß als an einem Pachtstücke, oder auf ähnliche Weise ausgeübt wird, überhaupt keine Besitzrechte zu begründen vermag [696]). Insbesondere muß denn auch ein durch Erbfolge erworbener Besitz als ein Lehnsbesitz sich darstellen. Es ist dieses hauptsächlich der Fall, wenn die Lehnserneuerung nachgesucht worden ist. Doch kann auch durch die Leistung der Lehnsdienste der Besitz sich als ein Lehnsbesitz kund geben. 2) Der Besitzer muß der Lehnserwerbung fähig sein. Daß die besondere Art der Lehne dabei nicht unberücksichtigt bleiben darf, versteht sich von selbst. 3) Der Besitz muß dreißig Jahre gedauert haben. In den Fällen, wo zur Eigenthumserwerbung die dreißigjährige Verjährung nicht genügt, sondern eine vierzigjährige erfodert wird, verlangt man auch zur Lehnsverjährung vierzigjährigen Besitz, obgleich dieses nicht unbestritten ist, indem einige mehr geneigt sind, sich ganz

---

neben der in II. F. 26. §. 5. berührten außerordentlichen. S. außer den bei Pfeiffer Anm. 15. Angeführten noch Gerber a. a. O. p. 271. Indessen entscheiden gegen diese Ansicht die von Beseler a. a. O. p. 218. geltend gemachten Gründe. s. noch Hillebrand a. a. O. p. 642. Bartsch a. a. O. p. 28 ff. Seuffert Arch. V. 305.

696) II. F. 26. §. 5. „Si quis....rem aliquam *ut feudum* possedit....“ Wer das Lehn bloß pfandweise besitzt, kann es nicht durch Verjährung erwerben. Das Nämliche gilt beim precarium und in ähnlichen Fällen.

buchstäblich an II. F. 26. §. 5. zu halten. Insbesondere wird bei den Kirchengütern eine vierzigjährige Verjährung erfodert (vgl. Al. Arn. Pagenstecher, de praescript. feudi eccles. Col. 1700. 8.). Insoferne eine hundertjährige Verjährung überhaupt anerkannt wird, müßte folglich auch zur Lehnsverjährung ein hundertjähriger Besitz gefodert werden. 4) Wenn auch ein gültiger Rechtsgrund für den Verjährungsbesitz nicht nothwendig ist, so darf es doch dem Besitzer wenigstens an dem redlichen Bewußtsein nicht fehlen[697]. 5) Ob die Leistung der Lehnsdienste noch als ein besonderes Erfoderniß der Lehnsersitzung aufgestellt werden könne, ist zweifelhaft. Einige nehmen es an, weil es in II. F. 26. §. 5. heißt „Si quis per XXX annos rem aliquam ut feudum possedit, et servitium domino exhibuit" (vgl. z. B. Böhmer's Rechtsfälle, III. 1. n. 178.); und die Behauptung Stryk's (exam. iur. feud. cap. XL qu. 10. seqq.), daß die Verjährung erst vom Zeitpunkte der geleisteten Dienste anfange, hängt damit genau zusammen. Allein jene Worte möchten doch wohl keinen genügenden Beweis liefern, denn die Leistung der Lehnsdienste scheint nur deswegen erwähnt zu sein, weil in ihr der Besitz sich am allerdeutlichsten als ein Lehnsbesitz kund giebt[698]. 6) Ueber die Unterbrechung der

697) Auf II. F. 87. darf man sich freilich nicht berufen, denn diese Stelle spricht auf jeden Fall nur von der longi temporis praescriptio. Dennoch thut es Weber (Handb. des Lehnrechts, Bd. 4. §. 201. Anm. a.). Das cap. ult. X. de praescr. 2. 26. würde für die Nothwendigkeit des redlichen Bewußtseins beweisen, wenn auch nicht schon das Römische Recht zur dreißigjährigen Verjährung, sobald diese eine erwerbende sein soll, redliches Bewußtsein verlangte.

698) Außer II. F. 26. §. 5. wird hier auch wohl noch II. F. 33. pr. angeführt. Dort heißt es „Sciendum est itaque, feudum acquiri investitura, successione, vel eo, quod habeatur pro investitura, ut ecce, si dominus alicui coram paribus curiae dixerit: Vade in possessionem illius fundi et teneas illum pro feudo. Licet enim non intercessisset investitura, tamen tale est, ac si intercessisset, quia ille eius voluntate possessionem fundi nactus est feudi nomine. Inde etiam dicitur, quod, si aliquis probaverit se aliquid nomine beneficii aliquo tempore tenuisse, domino praesente et non contradicente et servitium eius quasi a vasallo recipiente, licet non probet investituram, verum tamen obtinebit praestito iuramento, nisi aliud contra inducatur." Allein Lancizolle (diss. de praescr. feud. §. 5.) zeigt, daß hier gar nicht von einer Erwerbung des Lehns durch Verjährung die Rede sein kann. Er zeigt 1) aus I. F. 25. pr., daß der erste Theil der Stelle von einer unfeierlichen Belehnung (durch bloße Einweisung in den Besitz) ver-

Verjährung gelten die allgemeinen Grundsätze, insbesondere auch was die Fortsetzung der Verjährung durch den Nachfolger anbetrifft. Doch wird hier gestritten, ob der Nachfolger im Lehnsbesitze die Verjährung fortsetzen könne, ohne daß er die Lehnserneuerung nachgesucht hat. Titius (Deutsches Lehenrecht. Kap. 12. §. 10.) bejaht die Frage, Weber (Hdb. d. Lehnr. Bd. 4. S. 257.) beantwortet sie verneinend*). Ich bin geneigt, die Lehnserneuerung nicht für durchaus nothwendig zu halten. In vielen Fällen wird freilich ohne Lehnserneuerung der Besitz des Nachfolgers gar nicht als ein Lehnsbesitz erkennbar sein. Wenn er es aber dennoch ist, wenn also z. B. die Lehnsdienste von dem Nachfolger gefodert und angenommen werden, so sehe ich nicht ein, wie die Lehnserneuerung ein Erfoderniß zur Fortsetzung der Verjährung sein soll, da ich nicht einmal zugeben kann, daß deren Anfang von einer Belehnung abhängig sei. Die nachtheiligen Folgen, welche aus der Unterlassung des Erneuerungsgesuchs für den Nachfolger im Lehnsbesitze entspringen können, bestehen für sich**).

Es läßt sich denken, daß der dreißigjährige Lehnsbesitz bloß als der Besitz eines Pfandlehns erscheint. Ist dieses der Fall, so wird natürlich auch durch die Verjährung nur ein Pfandlehn begründet (welches durch die Zurückzahlung des Hauptgeldes einlösbar ist).

§. 244.

Noch ist hier zu untersuchen, ob eine Sache in ein Lehn übergehen könne, wenn der Eigenthümer in der Voraussetzung, er sei nur Lehnsmann, einem Andern die Lehnsdienste leistet, oder sonst seinen Eigenthumsbesitz in einen bloßen Lehnsbesitz

---

standen werden muß. Sodann 2) beweist er aus I. F. 26. §. 1., daß der letzte Theil der Stelle sich bloß auf den Beweis der Belehnung bezieht. Wer nämlich ein Jahr lang (eigentlich Jahr und Tag) im Besitze des Lehns mit Wissen des Lehnsherrn sich befunden hat, ohne von diesem angefochten zu werden, der braucht, wenn er späterhin angefochten wird, die Belehnung nicht durch Zeugen zu beweisen, sondern wird zum Schwure gelassen („se vel patrem suum fuisse investitum“). [S. auch Homeyer a. a. O. II. 2. p. 408.]

*) So auch Pfeiffer a. a. O. p. 609.

**) Wegen der Begründung des Lehnsverhältnisses an einzelnen Pertinenzen des Lehngutes durch Verjährung s. Pfeiffer a. a. O. p. 609 f. vgl. Beseler a. a. O. p. 194 f.

umwandelt *). Daß man durch Lehnsauftragung aus einem Eigenthümer ein bloßer Lehnsmann werden kann, versteht sich von selbst; aber die Frage ist, ob ohne Lehnsauftragung bloß durch Verjährung diese Umwandlung rechtlich erfolge. Die lehnrechtlichen Quellen enthalten keine besondere Entscheidung dieses Falls. Nimmt man auf die allgemeineren Grundsätze Rücksicht, welche das Römische Recht über den Besitz aufstellt, so muß man die Möglichkeit einer solchen Verjährung läugnen. Denn wenn man als Pächter seiner eigenen Sache kein Stellvertreter fremden Besitzes sein kann (vgl. v. Savigny R. d. Bes. S. 323. 344.), so kann man es auch nicht als Lehnsmann sein. Mithin kommt der vermeintliche Lehnsherr gar nicht zu einem Eigenthumsbesitze, und kann also auch das Eigenthum durch Verjährung nicht erwerben. Der bisherige Eigenthümer bleibt nach wie vor bei seinem Rechte, obgleich er sich bloß als ein Lehnsmann benimmt.

Nach diesen Grundsätzen ist auch die sogenannte incorporatio allodii in feudum als unstatthaft zu betrachten, d. h. es kann keine Verwandlung des Allods in Lehn dadurch bewirkt werden, daß der Lehnsbesitzer einzelne Stücke, die zu seinem Allodialbesitze gehören, dem Lehn einverleibt. Dagegen hat es kein Bedenken, daß ein bloßer Vertretungsbesitz (possessio alieno nomine), wie er z. B. dem Miether beigelegt werden muß, sich in einen Lehnsbesitz verwandle, und auf diese Weise auf dem Wege der Verjährung eine Umwandlung des Allods in Lehn erfolge.

C.

Uebertragende Verjährung.

§. 245.

Die Frage nach der Zulässigkeit einer übertragenden Verjährung wird wichtig, wenn das Lehn ohne vollgültige Uebertragung, auch wohl ohne allen Rechtsgrund, an einen anderen Lehnsbesitzer gelangt, und von diesem fortdauernd in der Eigenschaft eines Lehnsmannes behauptet worden ist **); ferner wenn

*) Dieß behauptet z. B. Mayr §. 75. p. 173.

**) Auch durch allodiale Ersitzung des Lehnsgutes von Seiten eines Dritten wird eine Uebertragung des Lehnsverhältnisses bewirkt.

derjenige, der sich auf eine spätere Belehnung stützt, gegen denjenigen, der ein wirksameres Recht für sich hat, durch Berufung auf Ersitzung siegen will. Da die Bestimmung in II. F. 26. §. 5. vollkommen auch auf diesen Fall paßt, und die allgemeineren Grundsätze des Römischen Rechts die Annahme einer Ersitzung in diesem Falle nicht nur nicht erschweren, sondern eher noch erleichtern (vgl. §. 240.), so kann die Zulässigkeit einer dreißigjährigen Ersitzung kein Bedenken erregen. Daß nach Umständen vierzig Jahre erfoderlich sein können, daß es auf redliches Bewußtsein, nicht aber auf einen rechtsgültigen Erwerbungsgrund ankommt, versteht sich alsdann von selbst. Ueberhaupt gilt von dieser Verjährung in der Hauptsache alles, was von der eigentlich begründenden Verjährung (vgl. §. 243.) aufgestellt worden ist[699]).

D.

Aufhebende Verjährung.

§. 246.

Kann das dingliche Recht des Lehnsmannes durch Verjährung verloren gehen? Ich denke hier nicht an einen Fall, wo der Lehnsmann sich das Eigenthum des Lehngutes durch Verjährung aneignet (s. g. appropriatio feudi per praescriptionem), denn hier erlischt das dingliche Recht der Lehnsnutzung nicht eigentlich durch Verjährung, sondern vielmehr als eine Folge der Rechtsverschmelzung (confusio); im übrigen ist die Verjährung, wodurch diese herbeigeführt wird, eine reine Eigenthumsverjährung und ganz nach den Grundsätzen derselben zu

699) Lancizolle (diss. de praescr. feudi pag. 4. nota 7.) glaubt, daß man die übertragende Verjährung genau genommen als eine begründende betrachten müsse. Zwar das eigenthümliche dingliche Recht werde bei dieser Verjährung nicht erst begründet, sondern bloß übertragen, aber das persönliche Verhältniß der Lehnstreue zwischen dem Lehnsherrn und dem Ersitzenden müsse doch als etwas neu entstandenes angesehen werden. Dieses persönliche Band sei aber gerade die Hauptsache beim Lehnsverhältnisse. Ich gebe diesen letzten Satz im Allgemeinen zu, läugne ihn aber in Beziehung auf Verjährung. Denn die Lehnsverjährung hat offenbar eine gewisse Aehnlichkeit mit der Eigenthumsverjährung. Es ist also die Veränderung der dinglichen Verhältnisse die Hauptsache; daß dieses einen Einfluß auf die persönlichen Beziehungen äußert, ist bloß natürliche Folge.

beurtheilen[700]). Wohl aber gehören zwei andere Fälle hieher. Zunächst der Fall, wo der Lehnsherr selbst in den Besitz des Lehngutes gekommen ist, und die Ansprüche des Lehnsmannes oder Lehnsfolgers durch Verjährung zurückweisen will. Sodann auch der Fall, wo ein Dritter in der Lage ist, sich gegen den Lehnsmann durch Berufung auf Verjährungsbesitz zu schützen. Was nun die Beantwortung dieser Frage betrifft, so beziehe ich mich auf das, was über die emphyteusis im §. 241. gesagt worden ist, indem dieselben Grundsätze, welche dort zur Anwendung kommen, auch hier Gültigkeit haben. Es ergiebt sich 1) daß die longi temporis praescriptio zwar nicht den Lehnsherrn (dem es an der erfoderlichen Redlichkeit und namentlich an einem Rechtsgrunde des Besitzes fehlen würde), wohl aber den dritten Erwerber [soweit ihm nicht das Veräußerungsverbot der Lehngüter im Wege steht*) s. oben §. 77.] gegen die An-

700) Mit Recht tadelt K. W. Pätz (Lehrb. d. Lehnrechts, §. 189.), daß die Meisten von einer zehn- und zwanzigjährigen Verjährung hier nichts wissen wollen, und bloß von einer dreißigjährigen Verjährung sprechen. G. M. Weber (Handb. d. Lehnrechts, Th. 4. S. 734.) ist demungeachtetet der gewöhnlichen Ansicht gefolgt. Natürlich wird aber ein gültiger Erwerbungsgrund vorausgesetzt, wenn eine zehn- oder zwanzigjährige Verjährung eintreten soll; auch ist diese Verjährungsart bei Staats- und Kirchenlehnen unwirksam. Bei diesen wird aber auch die dreißigjährige Verjährung nicht genügen, sondern eine vierzigjährige erfodert werden. In allen Fällen ist freier Eigenthumsbesitz und redliches Bewußtsein unentbehrlich, so daß z. B. derjenige, der ein Lehn pfandweise (als Pfandlehn) besitzt, nicht berechtigt sein kann, es durch Verjährung in Allod zu verwandeln. Durch die bloße Verweigerung der Lehnsdienste entsteht kein freier Eigenthumsbesitz, obgleich in Folge derselben das Lehn sich in ein Freilehn verwandeln kann, wenn die erfoderliche Verjährung hinzukommt. Eben so wenig ist es hinreichend, wenn die Belehnung seit dreißig oder mehr Jahren nicht nachgesucht worden ist. Freilich, wenn die gefoderten Lehnsdienste oder die gefoderte Belehnung verweigert worden sind, weil die Besitzung gar kein Lehn sei, so begründet eine solche Weigerung unläugbar einen freien Eigenthumsbesitz. Vgl. K. A. v. Braun, von der Verwandlung des Lehns in Erbe durch die Verjährung (in den Erlanger gel. Anz. auf d. J. 1752. N. 16.; wieder abgedr. in Ioh. Ludw. Schmidt opusc. de praescript. als appendicula zu opusc. IV.). [S. dag. Phillips a. a. O. §. 246. Beseler a. a. O. p. 270.]

*) Deswegen kann man aber nicht durchweg, wie Mayr a. a. O. §. 157. Not. 6. dieß thut, „wegen der Eigenthümlichkeit der dem Lehnsherrn zustehenden Vindication" die unvordenkliche Verjährung in diesem Falle fordern. s. dag. bes. Pfeiffer a. a. O. p. 616 ff. Eine andere Frage ist es freilich, ob überhaupt, wie die Ersitzung der Freiheit von dem ius hypothecae in Folge des

sprüche des Lehnsmannes sichert. 2) Die praescriptio XXX vel XL annorum schützt sowohl den Lehnsherrn als auch den dritten Erwerber, und zwar ohne weitere Rücksicht auf Redlichkeit des Besitzes, als diejenige, welche durch das kirchliche Recht für die Ersitzung überhaupt gefodert wird*). Dem Lehnsherrn, der das Lehn einzieht, ohne von dem Dasein eines Lehnsfolgers Kenntniß zu haben, würde diese Redlichkeit nicht abzusprechen sein. Die Rechte der Agnaten können übrigens durch eine gegen den Lehnsmann begründete Verjährung nicht sofort als abgeschnitten angesehen werden**).

---

zur Erwerbung des Eigenthums geeigneten Besitzes, so auch die Ersitzung der Freiheit von dem Lehnsnexus anzunehmen sei. vgl. deshalb d. folg. Note.

*) Die gemeine Meinung ist allerdings für die Zulassung einer praescriptio definita in unserem Falle. s. bes. Pfeiffer a. a. O. p. 611—613. 618. Dennoch hat die Anwendung der Römischen Vorschriften über die Ersitzung hier ihre großen Bedenken (vgl. Anm. 675. Beseler a. a. O. p. 266.) und würde sich wohl nur durch den Nachweis eines desfallsigen Gewohnheitsrechtes begründen lassen.

**) Von dem Gesichtspunkte der Acquisitivverjährung sucht das Gegentheil nachzuweisen Pfeiffer a. a. O. p. 612.

Fünftes Buch.

Verjährung beim Pfandrechte und Näherrechte.

I.

Verjährung beim Pfandrechte[701]).

A.

Römisches Recht.

1. Von der Zulässigkeit einer erwerbenden Verjährung zu Gunsten des Pfandbesitzers.

§. 247.

Ob das Pfandrecht durch Verjährung erworben werden könne, ist streitig[702]). Die Vertheidiger der erwerbenden Ver-

701) Die besonderen Schriften über diesen Zweig der Verjährungslehre findet man angeführt in des Lipenius bibliotheca iuridica Th. 2. S. 157. (der neuesten Ausgabe, Leipzig 1757.), und in den Nachträgen (Vol. I. S. 378., Vol. II. S. 315. 316., Vol. III. S. 14. a. E. S. 17. S. 1115.). [Vgl. bes. Io. L. Schmidt. Opuscula de praescriptione praesertim circa pignus secundum omne ius, quo in Germania utimur considerata Ienae 1781. 4. Diese Arbeit enthält fünf Abhandlungen, von denen die zweite und vierte schon früher 1756. 1758. als Gelegenheitsschriften erschienen waren. 1) De praescr. tam certi quam incert. temp. p. 1—86. 2) De praescr. act. pigneraticiae direct. et contr. p. 87—194. 3) De pr. act. hypoth. p. 195—220. 4) und 5) beziehen sich auf die lehnrechtliche Verjährung].

702) Zur Geschichte der Lehrmeinungen Gehöriges findet sich bei Glück (Erl. d. Pand. Th. 18. S. 195. 196.). Am ausführlichsten hat E. G. Schmidt (der Erwerb d. Pfandr. durch d. Verj. Jena 1788. 4. 42 S.) die erwerbende Verjährung vertheidigt. [S. dag. u. A. Büchel Civilrechtl. Erört. Bd. I. p. 166 ff. Sintenis Pfand. R. Halle 1836. §. 36., die freilich beide ihre Polemik auf eine unhaltbare Grundlage, die Bezeichnung des Pfandrechtes als einer „Forderung", stützen].

jährung begründen diese gewöhnlich dadurch, daß sie die Grundsätze der Eigenthumsverjährung auf das Pfandrecht übertragen. C. G. Schmidt (a. a. O. §. 16.) schließt z. B. in folgender Art: „Wem das Mehrere zu thun erlaubt ist, dem muß auch das Geringere zu unternehmen verstattet sein..... Ist es nun schon erlaubt, sich das Eigenthum auf eine fremde Sache durch die Verjährung zu erwerben, so muß man auch ein minderes Recht, wie das Pfandrecht ist, durch selbige erlangen können.“ Diese Art zu schließen ist völlig verwerflich. Die Regel „non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere“ (l. 21. D. de R. I. 50. 17.) bezieht sich auf den Inhalt eines Rechts, kann es aber nicht rechtfertigen, daß man eine Erwerbungsart, welche für ein Recht besonders eingeführt ist, auf andere Rechte übertrage. Wissen wir ja doch, daß die usucapio nicht einmal bei den Dienstbarkeitsrechten gilt, und wahrscheinlich bei manchen Arten der Dienstbarkeitsrechte niemals gegolten hat. Wie dürfte man annehmen, daß man die dem strengen ius civile angehörige usucapio auf eine unter dem Schutze des prätorischen Rechts ausgebildete Rechtseinrichtung angewendet habe? Das Bedürfniß war keinesweges das nämliche. Eigenthumsverjährung muß es geben, damit endlich das Eigenthum gewiß werde. Das Pfandrecht dagegen ist ein aus dem Eigenthume abgeleitetes Recht; die Sicherheit, welche die Verjährung dem Eigenthume gewährt, überträgt sich also mittelbar auch auf das Pfandrecht, ohne daß es einer eigenthümlichen Befestigung bedürfte; und dieß um so weniger, da das Pfandrecht seiner Natur nach einen bloß vorübergehenden Zweck hat. Daher finden wir denn auch in keinem der vielen kaiserlichen Antwortschreiben, welche im Cod. Iust. VIII. 16. (si aliena res pignori data sit) vorkommen, die usucapio als ein dem Pfandgläubiger zu Gebote stehendes Schutzmittel erwähnt. Die l. 16. D. de usurp. 41. 3. muß uns vollends von der Unzulässigkeit einer auf das Pfandrecht angewendeten Eigenthumsersitzung überzeugen. Wie konnte Javolenus sagen „.... Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet,“ wenn es außer der rei usucapio noch eine besondere pignoris usucapio gegeben hätte? Daß die usucapio lediglich dem Verpfänder gegeben und dem Pfandgläubiger ohne Einschränkung abgesprochen wird, darf als ein

entschiedenes Abläugnen einer pignoris usucapio angesehen werden.*)

§. 248.

Man könnte geneigt sein, eine Verjährung zu Gunsten des Pfandgläubigers noch auf andere Weise zu vertheidigen. Setzt man nämlich voraus, daß die longi temporis praescriptio und die praescriptio XXX vel XL annorum auch bei dem Pfandbesitze Anwendung finden, daß also der Pfandgläubiger berechtigt ist, in Folge eines zehn- oder zwanzigjährigen, oder in Folge eines dreißig- oder vierzigjährigen Besitzes die dinglichen Ansprüche des Eigenthümers oder der besseren Pfandgläubiger zurückzuweisen, und auf diese Art sich in seinem Pfandbesitze zu befestigen, so muß dadurch auf jeden Fall eine befestigende Verjährung herbeigeführt werden, und insoferne nach l. 8. §. 1. C. de pr. XXX vel XL ann. 7. 39. die praescriptio longi temporis, und unter gewissen Voraussetzungen auch die praescriptio XXX vel XL annorum von einer dinglichen Klage begleitet sind, ließe sich sogar eine erwerbende Verjährung vertheidigen. Was nun aber

I. die longi temporis praescriptio anbetrifft, so können wir die Anwendung derselben auf das Verhältniß des Pfandgläubigers unbedenklich läugnen. Es ist unerweislich, daß die longi temporis praescriptio ein allgemeines Schutzmittel gegen dingliche Ansprüche sei, indem sie in allen Fällen, wo die Zulässigkeit derselben außer Zweifel ist, nur dem Eigenthumsbesitzer einen solchen Schutz gewährt**). Sodann ist insbesondere der

---

*) Büchel a. a. O. p. 167. Not. 4. wendet gegen den Verf. ein „daraus, daß dem Pfandgläubiger die Ersitzung der verpfändeten Sache abgesprochen wird, folgt noch keineswegs, daß deshalb auch der Erwerb des Pfandrechtes durch fortgesetzten Besitz ausgeschlossen sei;" allein das beweisende Moment jener Stelle liegt eben darin, daß der Jurist zwischen usucapio pignoris und rei pignoratae nicht unterscheidet, sondern schlechtweg sagt qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet. Mag man nun auch einräumen, daß dieß argumentum a silentio nicht sehr schlagend ist, so hat sich der Verf. wenigstens nicht der von Büchel ihm vorgeworfenen Vermischung zweier verschiedenen Begriffe schuldig gemacht. vgl. Anm. 706.

**) Bei dem Pfandrechte ist die longi temporis praescriptio schon deshalb unmöglich, weil es wegen der bloß momentanen Ausübung des Pfandrechtes im Augenblicke des Verkaufes hier keine iuris quasi possessio giebt s. Puchta

Umstand, daß unsere Quellen von einem Rechte des Pfandgläubigers auf einen ihm durch longi temporis praescriptio zu gewährenden Schutz so gänzlich schweigen, gewiß sehr bedeutend. Es muß dieses um so mehr als entscheidend gelten, als gerade in der Lehre vom Pfandrechte unsere Quellen sehr reichhaltig sind, und die Zulässigkeit der longi temporis praescriptio da, wo sie wirklich Statt findet, (um nämlich den Eigenthumsbesitzer gegen die Ansprüche der Pfandgläubiger zu schützen) so entschieden ausgesprochen ist [703]).

II. Schwieriger ist die Untersuchung in Ansehung der praescriptio XXX vel XL annorum; denn da diese gegen Ansprüche aller Art Schutz gewährt, so ist an sich die Möglichkeit nicht zu läugnen, daß ein Pfandbesitzer durch dieselbe gegen die Eigenthumsansprüche sowohl, als auch gegen die Ansprüche besserer Pfandgläubiger sich vertheidigen könne. Auch ist hier so viel wenigstens gewiß, daß derjenige, welcher ein schlechteres Pfandrecht hat, sich gegen die Ansprüche eines besseren Pfandgläubigers nach Ablauf einer dreißig- oder vierzigjährigen Frist durch praescriptio schützen kann (l. 7. §. 2. 3. C. de pr. XXX vel

---

Kl. civ. Schr. p. 447 f. Arndts im Rlex. Bd. III. p. 874. Bruns R. d. Bes. im M. A. p. 479 f, wo wir indessen der zu Gunsten des Faustpfandes gemachten Ausnahme nicht zustimmen können. — Ein zweites Hinderniß wider die Ersitzung des Pfandrechts bildete ehemals die Eigenschaft der formula hypothecaria als in factum concepta. Die weitere Behauptung im Texte, daß nur der Eigenthumsbesitzer sich auf longi temp. pr. berufen dürfe, stützt sich zum Theil auf die oben bekämpfte Ansicht des Verf., wonach die Servitutenersitzung keine erwerbende, sondern eine s. g. befestigende Verjährung wäre.

703) Dadurch wird aber keinesweges aller Einfluß der longi temporis praescriptio auf die Sicherheit des Pfandbesitzers abgeläugnet. Denn da die longi temporis praescriptio für den Verpfänder auch noch nach der Verpfändung fortläuft (auf ähnliche Weise, wie bei der usucapio), so kann der Pfandgläubiger im Namen des Verpfänders sich auf die longi temporis praescriptio berufen. Dann muß aber der Verpfänder redlicher Besitzer sein, und die Redlichkeit des Pfandgläubigers kommt gar nicht in Betrachtung. — Man wird leicht bemerken, daß im Justinianischen Rechte, wo die longi temporis praescriptio als solche zum Schutze gegen Eigenthumsansprüche nicht weiter vorkommt (vgl. §. 178. Nro. IV.), auch von dieser mittelbaren Wirkung der longi temporis praescriptio zur Befestigung des Pfandbesitzes nicht mehr die Rede sein kann; sie ist mit der mittelbaren Wirkung der erwerbenden Eigenthumsverjährung (usucapio) zusammengeschmolzen.

XL ann. 7. 39.)[704]). Von einer andern Seite scheint es natürlich, daß der Pfandbesitzer von der praescriptio XXX vel XL annorum niemals gegen den verpfändenden Eigenthümer selbst Gebrauch machen könne, wenn etwa die Verpfändung als unwirksam befunden wird, denn die eigenthümlichen Verhältnisse des Pfandgläubigers bringen es mit sich, daß die Kraft seines Besitzes nur gegen Dritte sich äußert, und nicht auch gegen denjenigen wirkt, von welchem er abgeleitet wird. Nach dieser Ansicht würde also zwischen dem Pfandbesitzer und demjenigen, der als Verwalter eine Inhabung ausübt, in Beziehung auf den Eigenthümer eine nicht zu verläugnende Aehnlichkeit sein, und so wenig der Verwalter sich in seinem Verwaltungsbesitze durch irgend einen Zeitablauf behaupten kann, so wenig kann auch der Pfandgläubiger sich in seinem Pfandbesitze bloß deswegen behaupten, weil derselbe dreißig oder vierzig Jahre gedauert hat. Es bleibt demnach nur der Fall als streitig übrig, wo der Pfandbesitzer sich gegen die Eigenthumsansprüche eines Dritten auf die praescriptio berufen will. Ich bin aber um so mehr geneigt, die Zulässigkeit der dreißig- und vierzigjährigen Verjährung auch hier zu läugnen, als man sie ja doch nur mit einer gewissen Beschränkung zulassen könnte; denn da der Besitzer gar nicht einmal darauf Anspruch macht, die Sache, die er nur als Pfand besitzt, ganz zu behalten, so dürfte die Verjährung natürlich nicht die ganze Klage abschneiden, sondern nur so viel bewirken, daß die verpfändete Sache nicht eher herausgegeben zu werden brauchte, als bis der Pfandschilling erstattet ist[705]). Zwar läuft die praescriptio XXX vel XL anno-

---

704) Es kann dieses auch als eine Aufhebung des Pfandrechts durch Verjährung betrachtet werden, und dieser Gesichtspunkt dürfte sogar vorzuziehen sein, weil alsdann diese Verjährung weniger als Abweichung von der Regel des hier geltenden Verjährungsrechtes erscheint. Es soll daher auch von ihr erst im folgenden §. das Nähere angegeben werden.

705) Joh. Ludw. Schmidt (öffentl. Rechtspr. z. Erweit. d. pract. Rechtsgel. Jena 1777. Nro. 68.) erkennt diese Eigenthümlichkeit der von ihm vertheidigten erwerbenden Verjährung des Pfandrechts auch wirklich an. In dem Falle, worauf seine Untersuchung sich bezieht, hatte ein Lehnsmann das Lehn ohne Genehmigung des Lehnsherrn verpfändet. Als nun nach eingetretener Eröffnung des Lehns der Lehnsherr (oder der neu belehnte Lehnsmann)

rum an einer verpfändeten Sache zu Gunsten des Verpfänders eben so wohl fort, als dieses bei der usucapio der Fall ist (vgl. Th. 1. §. 122.), und so kann ohne alle Frage auch der Pfandgläubiger auf diese praescriptio sich berufen, aber nur nicht als auf ein eigenes, sondern als auf ein fremdes Recht, gerade wie auch die usucapio des Verpfänders dem Pfandgläubiger mittelbar von Nutzen ist, obgleich man nicht von einer usucapio des Pfandgläubigers sprechen kann. Billigt man diese Grundsätze, so bildet beim Pfandrechte die Lehre von der dreißig- und vierzigjährigen Ersitzung ein völlig entsprechendes Seitenstück zu der Lehre von der usucapio und longi temporis praescriptio; ein Umstand, der gewiß Berücksichtigung verdient, weil die ganze Lehre dadurch vereinfacht wird. Besonders wichtig wird aber, was an sich unbedeutend und Wortstreit scheinen möchte, dadurch, daß die l. 8. §. 1. C. de pr. XXX vel XL ann. 7. 39. demjenigen, welcher durch dreißig- oder vierzigjährige praescriptio geschützt ist, unter gewissen Bedingungen (namentlich unter Voraussetzung des redlichen Bewußtseins) ein Klagerecht einräumt, und so die bloß schützende Verjährung in eine erwerbende verwandelt. Hier kann es nämlich der Fall sein, daß dem Verpfänder das redliche Bewußtsein fehlt, während der Pfandbesitzer sich wirklich in redlichem Bewußtsein befindet. Dürfte man nun annehmen, daß der Pfandgläubiger das Recht der dreißig- und vierzigjährigen praescriptio als ein eigenes Recht in Anspruch zu nehmen befugt sei, so könnte man nicht ohne Grund behaupten, daß im Falle des bei ihm vorhandenen redlichen Bewußtseins dem Pfandgläubiger eine dingliche Klage erwachse, und so würde auf diesem Wege eine Begründung des Pfandrechts durch Verjährung möglich. Wenn man aber dem Pfandgläubiger das Recht der dreißig- und vierzigjährigen praescriptio überhaupt abspricht, und ihm den Schutz derselben nur mittelbar und in Berücksichtigung des zwischen ihm und dem Verpfänder Statt findenden Verhältnisses angedeihen läßt, so versteht es sich von selbst, daß die dreißig- und vierzigjährige praescriptio, wo sie in eine erwerbende Verjährung übergeht, nicht eine Pfandverjährung, sondern eine Eigenthumsverjährung

mit einem Anspruche gegen den Gläubiger auftrat, wollte dieser sich durch Verjährung schützen.

ist, über deren Zulässigkeit einzig und allein die redliche Meinung des Verpfänders entscheiden kann*).

2. Aufhebung des Pfandrechts durch Verjährung**).

§. 249.

Eine aufhebende Verjährung, welche dem Pfandrechte selbst ein Ende machte, ist dem Römischen Rechte unbekannt. Von der usucapio wird ausdrücklich bemerkt, daß sie auf die Fortdauer des Pfandrechts ohne Einfluß sei[706]). Dagegen kann allerdings die dingliche Pfandklage, sowohl durch longi temporis praescriptio als auch durch praescriptio XXX vel XL annorum beseitigt werden, und in dieser Ausschließung der Ansprüche liegt der Wirkung nach eine Aufhebung des Pfandrechts; nur daß diese nicht ipso iure, sondern vermittelst einer Einrede erfolgt***).

---

*) Dafür entscheidet schon der oben p. 263. Not.**) angegebene Grund. Die Einrede der Klagenverjährung ist der einzige Schutz, der dem Pfandbesitzer durch die praescriptio triginta annorum erworben wird. Vgl. auch Sintenis a. a. O. p. 345 f.

**) Vgl. Schmitthenner Arch. f. pract. R.-W. v. Schäffer u. s. w. Bd. I. p. 92—107.

706) L. 44. §. 5. D. de usurp. 41. 3. „Non mutat usucapio superveniens pro emtore vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit. Ut enim ususfructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris, quae nulla societate dominii coniungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur. Vgl. l. 1. §. 2. D. de pign. 20. 1.; l. 2. pr. D. pro her. 41. 5.; l. 7. C. de pign. 8. 14. Im Grunde ist hier nur gesagt, daß die *usucapio rei* dem Pfandrechte nichts schaden soll; man könnte also glauben, eine *usucapio libertatis a pignore* (zu vergleichen der usucapio libertatis a servitute) sei dadurch nicht ausgeschlossen. Man darf aber als gewiß voraussetzen, daß die l. 44. cit. sich nicht so ausdrücken würde, wie sie es gethan hat, wenn eine solche usucapio libertatis a pignore (die übrigens auch sonst nirgends erwähnt ist) Statt gefunden hätte.

***) Vgl. Göschen Vorl. Bd. II. §. 362. p. 413. Thibaut Pand. §. 363. a. E. Andere behaupten umgekehrt die Aufhebung des Pfandrechtes mit der Verjährung der Pfandklage, so Büchel a. a. O. p. 209 ff. Sintenis a. a. O. p. 571 ff. Civ.-R. Bd. I. p. 648., indem sie das Pfandrecht als Forderung betrachten und den vollständigen Untergang der Obligationen durch Klagverjährung annehmen. Mit diesen Voraussetzungen fällt die darauf gegründete Lehre. Wenn dafür noch L. 27. pr. D. de nox. act. 9. 4. „nullum enim pignus est, cuius per-

I. Die longi temporis praescriptio (von zehn oder zwanzig Jahren) schließt unstreitig die Ansprüche aus, welche von Pfandrechts wegen gemacht werden könnten (l. 7. 14. C. de O. et A. 4. 10.; L. 8. pr. C. de pr. 30 vel 40 ann. 7. 39.; l. 19. C. de evict. 8. 45.; l. 12. D. de div. temp. pr. 44. 3.). Es liegt aber in der Natur dieser longi temporis praescriptio, daß sie nur dem redlichen Besitzer Vortheile bringt. Daher schützt sie niemals den Verpfänder oder dessen Erben, sondern immer nur den dritten Erwerber[707]), und zwar nur dann, wenn er bei der Erwerbung nichts davon gewußt hat, daß die Sache, deren Besitz er erwirbt, mit einem Pfandrechte belastet ist. Nach kirchlichem Rechte muß sogar verlangt werden, daß er fortdauernd über diese Belastung in Unwissenheit gewesen sei, wenn ihm die Verjährung nützlich werden soll. Uebrigens ist meistentheils auf die allgemeinen Grundsätze zurück zu weisen. Diesen gemäß dürfen wir behaupten, daß die Minderjährigen, so lange die Minderjährigkeit dauert, in den ihnen zustehenden Pfandansprüchen durch die zehn- oder zwanzigjährige Verjährung nicht bedroht werden (vgl. Th. 1. §. 35.). Eben so wenig können die in väterlicher Gewalt stehenden Kinder, so lange das ihnen eigenthümliche Vermögen unter der väterlichen Verwaltung bleibt, von der zehn- und zwanzigjährigen Verjäh-

---

secutio negatur" angeführt wird, so ist dabei nicht zu übersehen, daß die actio hypothecaria nur dem gegenwärtigen Besitzer und seinen Successoren gegenüber verjährt. L. 8. §. 1. C. de praescr. 30 vel 40 ann. 7. 39. Man muß vielmehr, wie auch die Mehrzahl unserer Juristen thut (s. selbst Sintenis Pf. R. p. 574.), die Verjährung der Klage und die Ersitzung der Pfandfreiheit wohl unterscheiden. Daß die letztere bloß exceptivisch wirkt, (L. 5. §. 1. L. 12. D. de div. temp. pr. 44. 3.) beeinträchtigt ihren Character als Ersitzung nicht. Dieß verkennt eben der Verf.

707) L. 1. 2. C. si adv. cred. praescr. oppon. 7. 36. Einen Fall, wodurch diese Regel näher bestimmt wird, enthält l. 5. §. 1. D. de divers. temp. praescr. 44. 3. „Ex facto propositum est, quendam, cum rem pignori dedisset, eandem distraxisse, [mit Bewilligung des Gläubigers L. 8. §. 8. D. quib. mod. pign. 20. 6.] heredemque eius redemisse (nämlich von dem Käufer oder von einem Andern, welcher von diesem die Sache erworben haben mochte); quaeritur, an heres adversus pignoris persecutionem exceptione longae possessionis uti possit? Dicebam, hunc heredem, qui pignus ab extraneo redemit, posse exceptione uti, quia in extranei locum successit, non in eius, qui pignori dederat, quemadmodum si ante redemisset, sic deinde heres exstitisset."

rung etwas für die Pfandansprüche zu fürchten haben, die zu jenem Vermögen gehören (vgl. Th. 1. §. 34.). Gleiche Begünstigung muß eintreten zum Besten der Kirchen und milden Stiftungen, wenigstens insoferne von Grundstücken die Rede ist (vgl. Th. 1. §. 41.). Zu Gunsten des Staats und des höchsten Staatsoberhauptes darf aber eben so wenig als bei den Stadtgemeinden dasselbe angenommen werden (vgl. Th. 1. §. 45—47.). Einen in der Beschaffenheit des Gegenstandes liegenden Grund zur Ausschließung dieser zehn- und zwanzigjährigen Verjährung dürfen wir in folgenden Fällen annehmen. 1) Bei den zu einem Begriffsganzen gehörigen Stücken, insoferne sie nicht als einzelne Stücke besessen werden (vgl. Th. 1. §. 49.). 2) Bei beweglichen Sachen, so lange sie bloß als Theile eines unbeweglichen Ganzen im Besitze sind (vgl. Th. 1. §. 49.). 3) Bei den entwendeten Sachen, so lange keine Reinigung eingetreten ist (vgl. Th. 1. §. 60.). 4) Bei den gewaltsam in Besitz genommenen Sachen (vgl. Th. 1. §. 73.). 5) Bei den Gegenständen, welche der Statthalter einer Provinz, den Bestimmungen des Julischen Gesetzes entgegen, als Geschenk angenommen hat (vgl. Th. 1. §. 75.). Vielleicht darf man auch behaupten, daß bei verpfändeten Sachen, welche unredlicherweise hinter dem Rücken des Pfandgläubigers veräußert worden sind, die zehn- und zwanzigjährige Verjährung gegen den Pfandgläubiger nicht angeführt werden könne, so lange nicht die Veräußerung zur Kunde des Pfandgläubigers gekommen ist. Die nov. 119. cap. 7. (vgl. Th. 1. §. 76.) spricht freilich, genau genommen, nur von einer Ausschließung der Verjährung zu Gunsten des Eigenthümers. Insoferne wir aber berechtigt sind, das bei solchen Sachen eintretende Verjährungshinderniß aus einem ähnlichen Gesichtspunkte zu betrachten, wie das bei den entwendeten Sachen vorkommende, möchte denn doch vieles zu Gunsten des Pfandgläubigers gesagt werden können*). Die Frage, von welcher Zeit an die Verjährung gerechnet werden müsse, hat man wohl schon dahin beantwortet, daß es dabei auf die Zeit des begründeten Pfandrechts ankomme. Wenn also z. B. Jemand eine gekaufte Sache zwanzig Jahre besessen hat, so hätte er sie auf jeden Fall gegen den Eigenthümer

---

*) S. jedoch auch oben Not. *) vor Anm. 639.

verjährt, ob er aber gegen Pfandansprüche gedeckt sei, wäre noch immer die Frage. Es könnte ja der Eigenthümer*) noch vor kurzer Zeit eine allgemeine Verpfändung vorgenommen haben, die natürlich auch jene in den Händen des redlichen Erwerbers befindliche Sache ergriffen haben würde, und dann bliebe das Pfandrecht so lange wirksam, bis die Verjährungszeit, vom Tage der eingetretenen allgemeinen Verpfändung an gerechnet, abgelaufen ist. Ich bezweifle sehr, daß diese Ansicht der Natur der longi temporis praescriptio entspricht, die doch wesentlich eine longae possessionis praescriptio ist, und daher als beruhend auf der longa possessio des Verjährenden angesehen werden muß. In der That scheint bei der Anwendung der longi temporis praescriptio auf das Verhältniß des Pfandberechtigten Absicht gewesen zu sein, daß der redliche Erwerber spätestens nach zwanzig Jahren auch gegen Pfandansprüche völlig sicher sei**). Nicht minder streitig kann die Frage nach dem Schlußpunkte dieser Verjährung sein, weil die von mir angenommene Meinung, daß überhaupt die longi temporis praescriptio mit dem Anfange des letzten Tages für vollendet zu achten sei, keineswegs außer Zweifel ist (vgl. Th. 1. §. 90.). Dagegen läßt sich aus den im allgemeinen Theile aufgestellten allgemeinen Grundsätzen leicht entnehmen, inwieferne der Lauf der Verjährung durch eintretende Ereignisse, sei dieses nun eine Unterbrechung des Besitzes (vgl. Th. 1. §. 131.), oder eine erhobene Klage (vgl. Th. 1. §. 126.), oder eine eingelegte Verwahrung (vgl. Th. 1. §. 129.) gestört werden könne. Auch die Zu-

---

*) Der natürlich die Sache nicht selbst veräußert haben darf, wie Sintenis a. a. O. p. 576. Anm. 5. den Verf. mißversteht.

**) Mit Recht nennt v. Vangerow Pand. I. §. 324. Anm. die Entscheidung des Verf. eine inconsequente. Dieser Mangel rührt her von dem Umstande, daß der Verf. die Begriffe „Freiheitsersitzung" und „Klagverjährung" hier nicht gehörig sondert; eine Unterscheidung, welche namentlich Schmitthenner in dem angeführten Aufsatze hervorhebt, wiewohl seine Begründung keineswegs überall zutreffend ist; so z. B. p. 100., wo er von dem unrichtigen Satze ausgeht, nur der Eigenthümer könne gültig verpfänden. Auch ihn trifft übrigens der gegen den Verf. von Vangerow ausgesprochene Tadel, wenn er p. 106. annimmt, die Ersitzung der Pfandfreiheit könne nie vor der des Eigenthums vollendet werden. — Von selbst versteht sich, daß die Verjährung erst mit dem Besitze des b. f. possessor beginnen kann, wenn die Pfandbestellung vorher Statt fand. vgl. Sintenis a. a. O. p. 576 f.

sammenrechnung des Besitzes in den Fällen einer eingetretenen Besitzübertragung wird nach den allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden müssen.

II. Die praescriptio XXX vel XL annorum wird wichtig, sobald es demjenigen, welcher sich gegen die Ansprüche des Pfandgläubigers schützen will, [an dem gehörigen Erwerbstitel oder] an einem redlichen Besitze fehlt, auch wohl, wenn der Gegenstand des Besitzes von der Art ist, daß dabei eine longi temporis praescriptio unzulässig erscheint. Diese praescriptio findet seit der l. un. Th. C. de act. cert. temp. fin. (s. Th. 1. §. 18.) unbestrittene Anwendung. Doch sind Unterscheidungen zu bemerken. 1) [Da, wo der Besitz des Inhabers den für die außerordentliche Eigenthumsersitzung aufgestellten Erfordernissen genügt, wird durch libertatis usucapio das Pfandrecht selbst aufgehoben; außerdem hat er nur die Verjährung der actio hypothecaria zur Folge.] 2) Wenn der Anspruch des Pfandgläubigers nicht gegen den Verpfänder*), sondern gegen einen dritten Besitzer gerichtet wird, so ist nach der ausdrücklichen Bestimmung jener Verordnung die dreißigjährige praescriptio allerdings im Stande, die [Pfandklage] auszuschließen. Es versteht sich aber von selbst, daß in denjenigen Fällen, wo eine besondere Ausnahme gesetzlich begründet ist, dennoch eine vierzigjährige praescriptio gefodert werden muß, namentlich bei den Ansprüchen der Kirchen (vgl. Th. 1. §. 40.). 3) Der Schuldner selbst genießt erst seit der l. 7. C. de pr. XXX vel XL ann. 7. 39. (von Justinus), und nur in Folge eines Besitzes von vierzig Jahren das Recht der praescriptio gegen die dingliche [Klage] des Pfandgläubigers (l. 7. cit. pr. u. §. 1.). Im Grunde hätte man schon in der Anastasischen Verordnung über die vierzigjährige Verjährung (l. 4. C. eod.) diese Bestimmung finden sollen, denn jene Verordnung setzte ja fest, daß alle Ansprüche, die nach dem damals geltenden Rechte keiner Verjährung unterworfen waren, wenigstens in vierzig Jahren verjähren sollten. 4) Wenn der bevorzugte Pfandgläubiger seinen dinglichen Anspruch gegen einen ihm nachstehenden Pfandgläubiger geltend machen will, oder auch wenn der nachstehende Gläu-

*) Debitor heißt es im Texte, doch ist wohl bloß an den Fall gedacht, wo Schuldner und Verpfänder eine und dieselbe Person sind. vgl. Arndts Pand. §. 390. Anm. 2.

biger vermöge des ihm zustehenden Abfindungsrechts (s. g. ius offerendi) die verpfändete Sache den Händen des ihm vorangehenden Pfandgläubigers zu entreißen sucht, so kann dieser nach einer ausdrücklichen Bestimmung des Justinus (l. 7. §. 2. 3. C. eod.) bei Lebzeiten des (gemeinsamen) Schuldners nur durch vierzigjährigen Besitz sich schützen („Quia dum ille vivit, merito anterior creditor confidit, utpote apud debitorem eius possessione per posteriorem creditorem constituta"). Nach dem Tode des Schuldners genügt ein dreißigjähriger Besitz („Ex quo autem in fata sua debitor decesserit, ex eo quasi suo nomine possidentem posteriorem creditorem merito posse XXX annorum opponere praescriptionem"). Wenn aber der jüngere Pfandgläubiger sich etwas von dem Besitze zurechnen will, welcher bei Lebzeiten des Schuldners Statt gefunden hat, so bedarf es auch hier eines vierzigjährigen Zeitraums[708]). Wo nun die dreißig- oder vierzigjährige Verjährung den Besitzer wirklich schützt, da findet das sonst bei dieser Art der Verjährung geltende Recht Anwendung. Zusammenrechnung des Besitzes bei eingetretener rechtlichen Nachfolge im Besitze leidet keinen Zweifel; nur darf man sich natürlich von dem Besitze des Schuldners oder seiner Erben nichts zu Gute rechnen, wenn eine dreißigjährige Verjährung genügen soll. Dagegen ist nicht abzusehen, warum diese Zurechnung unstatthaft sein sollte, wenn man nur auf die vierzigjährige Verjährung Anspruch macht. Daß diese Verjährung gegen Unmündige ohne Wirkung ist, und durch Anstellung der Klage eine Unterbrechung leidet, ist in der l. 7. pr. §. 1. C. cit. ausdrücklich angeführt, würde sich aber auch nach den allgemeinen Grundsätzen von selbst verstehen. Natürlich ist es ferner, daß alles, was dazu

---

708) [Diese Regel über die accessio possessionis will das O.-A.-G. zu Dresden nur für den Fall gelten lassen, wo der nachstehende Pfandgläubiger die Sache besitzt und dem besseren Gläubiger gegenüber die Einrede der Verjährung vorschützt Seuffert Arch. VI. 161. Wochenblatt f. merkw. Rechtsfälle f. d. Kgr. Sachsen Jahrg. 1854. p. 215 ff. 265 ff.] Eine gewisse inelegantia iuris möchte dieser Anordnung wohl nicht mit Unrecht vorgeworfen werden. Nach dem Tode des Schuldners treten ja die Erben an seine Stelle, und diesen kommt eben so wenig ein Recht der dreißigjährigen praescriptio zu, als dem Schuldner selbst. Wenn es also Gründe giebt, dem jüngeren Pfandgläubiger bei Lebzeiten des Schuldners die dreißigjährige praescriptio zu versagen, so bleiben sie auch nach dem Tode desselben.

dient, den Lauf der Verjährung in Ansehung der Schuldfoderung aufzuhalten oder zu unterbrechen, auch in Ansehung des damit in Verbindung stehenden Pfandrechts die Verjährung unterbricht (vgl. §. 262.). So z. B. wird durch die Ausstellung einer neuen Schuldverschreibung nicht nur in Ansehung der persönlichen Foderung (personalis actio), sondern auch in Ansehung des Pfandanspruchs (der hypothecaria actio) eine Unterbrechung bewirkt (l. 7. §. 5. C. cit.). Streitig ist es, ob nicht die nov. 4. cap. 2. in dem Rechte dieser Verjährung etwas geändert hat. Diese nov. 4. bestimmt nämlich, daß die dingliche Pfandklage gegen den Dritten nicht eher zulässig sein solle, als bis er versucht hat, durch diese Geltendmachung seiner persönlichen Ansprüche die ihm gebührende Befriedigung zu erhalten. Nun könnte man geneigt sein, die Regel anzuwenden actione nondum nata non currit praescriptio, so daß die Verjährungszeit erst anfienge zu laufen, wenn der Versuch, durch Geltendmachung der persönlichen Ansprüche das Ziel zu erreichen, mißlungen ist*). Diese Ansicht wäre aber ganz falsch; denn da es von dem Gläubiger abhängt, die persönlichen Ansprüche geltend zu machen, so muß sein Zögern ihm auch in Beziehung auf die Anstellung der dinglichen Pfandklage zum Nachtheile gereichen. Nur das kann man mit Recht behaupten, daß die Anstellung der persönlichen Klage zugleich als Unterbrechung für die Verjährung der dinglichen Pfandklage gelten muß, weil sie als nothwendige Vorbereitung derselben erscheint**). Für die heutige Anwendung des Römischen Rechts wird die Zulässigkeit der dreißig- und vierzigjährigen praescriptio gegen die Pfandklage sehr zu beschränken sein, weil nach kirchenrechtlichen Grundsätzen eine mit Besitz zusammenhangende Verjährung immer einen redlichen Besitzer voraussetzt, wenn auch die Redlichkeit nicht eben auf einer rechtlichen Thatsache (titulus) zu ruhen braucht (vgl. Th. 1. §. 95.). Insbesondere wird der Schuldner von der ihm durch das Römische Recht eingeräumten vierzigjährigen Verjährung in der Regel keinen Gebrauch machen können***).

---

*) Vgl. hierzu Thon Ueb. d. Verj. einer auf Kündigung stehenden Foderung. Gieß. Zeitschr. Bd. VIII. p. 4. Anm. Nro. 4. und die dort Citierten.

**) Vgl. jedoch Thon a. a. O. p. 5. Anm.

***) S. dag. Arndts Pand. §. 390. Anm. 2. „Wenn man auch das

B.

Einheimisches Recht.

§. 250.

Eine Anwendung der in unserm einheimischen Rechte begründeten Verjährung von Jahr und Tag auf das Pfandrecht findet sich selten; und es ist auch natürlich, daß hier das Römische Recht das Uebergewicht erhielt. Inzwischen lesen wir in dem Verdenschen Stadtrechte (bei Pufendorf, obs. iur. univ., app. zu T. I. p. 83.) Art. 16., daß der Gläubiger, der entweder eine obrigkeitlich verbriefte, oder doch sonst genugsam erweisliche Schuld hat, binnen Jahr und Tag das Recht haben soll, seinen Anspruch gegen den Käufer der ihm verpfändeten Sache geltend zu machen. Es heißt dort „So jemand schuldig is, und verkofft sin Erve und Gut, so mag de Geloviger, de Rades breve darin hefft, oder sunsten de schulde genogsahm bewiesen kan, de Kop binnen Jahres und Dages, dat is, binnen einem Jahre, Söß Weken und dreen Dagen*) byspreken vor sine schulde, de he darinnen hefft."

Anderseits scheint es auch den Grundsätzen des Deutschen Verjährungsrechts ganz gemäß zu sein, daß derjenige, dem eine Sache vor gehegtem Dinge, oder was dem gleich gilt, verpfändet worden ist, nur binnen Jahr und Tag die Ansprüche

---

Erforderniß der bona fides auf alle Klagen oder doch auf alle dinglichen Klagen ausdehnt, so kann ja der Erbe des Verpfänders und dieser selbst den Besitz der Sache in dem guten Glauben, daß das Pfandrecht getilgt sei, erlangen oder wieder erlangen, und so 40 Jahre lang besitzen."

*) Wo dann der neue Erwerber eine rechte Gewere an dem Grundstücke erlangt hatte. Auf dieselbe Zeit ist die Frist beschränkt, welche dem Schuldner mitunter zur Einlösung des von dem Gläubiger veräußerten oder ihm selbst an Zahlungs Statt zugesprochenen Pfandes gegeben wird. vgl. Albrecht Gewere p. 153. Imgleichen dehnt sich die Distraction verpfändeter Immobilien regelmäßig über Jahr und Tag aus, damit der Gläubiger inzwischen die rechte Gewere daran gewinne, kraft deren er die Sache frei von den Ansprüchen der nächsten Erben und Anderer veräußern durfte. Albrecht a. a. O. p. 150 f. Bei beweglichen Pfändern — mit Ausnahme des pignus in causa iudicati captum, wo der Verkauf sofort erfolgte — erforderte dieß Verfahren einen Zeitraum von sechs Wochen. Albrecht a. a. O. p. 133 f. vgl. Seuffert Arch. IX. 12. Hier wird die Anwendbarkeit der Deutschrechtlichen Verjährung auf das Römische Institut der Hypothek geläugnet.

des Eigenthümers, so wie derjenigen, denen ein Einstandsrecht zusteht, zu fürchten hat*). Daß von dieser Anwendung der einjährigen Verjährung in den alten Rechtsquellen wenig oder gar nicht die Rede ist, erklärt sich leicht aus der Seltenheit der Verpfändungen, welche ebenfalls nur wenig erwähnt werden, indem es vielmehr gewöhnlich war, die Güter mit Renten zu belasten. Insoferne indessen nach dem neuen Lübecker Rechte (I. 4. Art. 1.) die Verpfändung unbeweglicher Sachen nur „vor dem Rathe" auf eine rechtsgültige Weise erfolgen kann, ist es ganz natürlich, daß man die Verjährung von Jahr und Tag in Anwendung bringe, und die Ansprüche des Eigenthümers, wie überhaupt, so auch hier, auf diese gesetzliche Frist beschränke.

II.

Verjährung beim Näherrechte**).

§. 251.

Das den Römischen Begriffen fremde Näherrecht oder Einstandsrecht (ius retractus) muß als eine eigene Art des dinglichen Vermögensrechts betrachtet werden, deren Auszeichnendes ist, daß die Befugniß erst eintretenden Falls (eventualiter)***)

*) Vgl. Albrecht a. a. O. p. 148. Anm. 338.

**) Dafür, daß das Näherrecht ein dingliches Recht ist, s. bes. Renaud Zeitschr. f. Deutsch. R. Bd. VIII. p. 256 ff. und gegen den Widerspruch Gerbers (Priv.-R. §. 175.) Bluntschli Civ.-R. §. 123. Nro. 3. Ueber die Phasen seiner Entwickelung, namentlich der Erblosung, welche ursprünglich in dem Beispruchsrecht der nächsten Erben wurzelt, sich dann aber, im Anschluß an die für den Fall der ächten Noth geltenden Bestimmungen, in ein Vorkaufsrecht umbildet vgl. Renaud a. a. O. p. 241 ff., wogegen Gengler Lehrb. Anm. zu §. 88. das Näherrecht als ein Product „zweier uralten, allmälig in einander verflochtenen Rechtsinstitute, des — Agnaten-Consenses zu Erbsveräußerungen und eines aus verschiedenen Gründen anerkannten liegenschaftlichen Kaufsvorrechtes gewisser Personen" betrachtet, und dessen Ausgangspunkt in den Italischen Municipalstatuten erblickt.

***) Deshalb bewirkt die Nichtausübung des Retractsrechtes eine Verjährung in der Regel nur für den einzelnen vorliegenden Fall Seuffert Arch. VIII. 283.

Bedeutung erhält, nämlich wenn eine Sache in die Hände eines Dritten unter Umständen gerathen ist, welche das Näherrecht begründen. Es muß hieher gerechnet werden:

I. das in den ältern Deutschen Ansichten begründete Recht, zufolge dessen der nächste zur gesetzlichen Erbfolge berufene Verwandte des Erblassers ererbtes Vermögen (Gut, das ihm angestorben ist)*) bei einem jeden, an den es ohne seine Erlaubniß veräußert oder verpfändet sein möge, in Anspruch nehmen darf, während gekauftes und überhaupt erworbenes Vermögen veräußert werden kann, ohne daß ein solcher Anspruch von Seite der Erben zu befürchten wäre [709]. Daß dieser Anspruch der Erben**) auf Jahr und Tag eingeschränkt ist, sieht man aus dem alten Wormser Dienstrechte, Art. 6. [dem Kai-

---

*) So allerdings theilweise im späteren Recht. Zur Zeit der Rechtsbücher bestand hierin kein Unterschied zwischen Erbgut und wohlerworbenem Gut Beseler Priv.-R. II. §. 124. p. 323 f.

709) Sächs. Landr. I. 52. §. 1. Ane erven gelof unde ane echt ding ne mut nieman sin egen noch sine lüde geven. — Gift he't weder rechte sunder erven gelof, die erve underwinde's sik mit ordelen, als of he dot si, jene de't dar gaf, so he's nicht geven ne mochte. [Kaiserrecht. II. c. 103. ed. Endemann Cassel 1846. p. 42.] Cod. ant. iur. Lubec. (bei Westphalen, monum. ined. T. III. col. 622.) „Hereditaria bona, id est Torfach eigen, nemo potest impignorare vendere vel dare sine heredum conniventiam“ [bei Hach p. 186. art. 4.] Neues Lüb. Stadtr. III. 7. Art. 2.; I. 10. Art. 6. Nach einer andern Stelle des Lüb. Stadtr. (I. 6. Art. 2.) muß von den erworbenen Gütern den nächsten Erben ein Pflichttheil von 8 Schill. u. 6 Pfennigen hinterlassen werden, womit die Rechte von Stade (II. 8.) und Rostock (I. 6. Art. 4.) übereinstimmen. Besonders belehrend ist das Hamburger Stadtrecht von 1497. (in Walch's Beitr. zum Deutsch. Rechte, Th. 6. S. 97.) litt. G. Art. 5. „Szo wor eyn man vnnde fruwe erue kopen, des synt se weldich thogeuende vnde to sellende weme se wyllen, de wyle se beyde leuen. Owerst wan erer eyn steruet, ßo het ydt erffgut, Vnnde sodan erue alse hyr screuen steyt, mach nemant setten effte sellen ane eruen loff, Idt en sy, dat yd eme noth do, dem ydt horet, De noth schal he bewyßenn myth crafftigen luden, vn verkopen dat weme he wyl, so doch dat de negesten eruen des kopes negest syn, de wyle se dat nicht vorwracht hebenn.“ Vgl. Eichhorn Rechtsgesch. Bd. 2. §. 359. [v. Sydow Erb-R. p. 220 f. Albrecht Gewere p. 36.]

**) Auch den entfernteren Erben, die das Retractrecht erst geltend machen können, wenn die näheren darauf verzichtet haben oder weggefallen sind, läuft doch die gleiche Frist wie diesen, indem ihr Recht „keineswegs erst dann beginnt, wenn das Recht der letzteren erloschen ist.“ Seuffert Arch. IX. 199.

serrecht II. c. 103.] und aus dem Lübischen Rechte[710]). Diese Stellen zeigen zugleich, daß der Zeitablauf gegen Abwesende erst von der Zeit an, da die ihrem Rechte nachtheilige Veräußerung zu ihrer Kunde gekommen ist, wirksam werde[711]).

II. Das vorzugsweise sogenannte Näherrecht, oder das Recht, gegen Erstattung des Kaufgeldes ein durch Kauf veräußertes Grundstück dem Käufer zu entziehen (Recht des Näherkaufs), welches in verschiedenen Gestaltungen bis auf den heutigen Tag seine Gültigkeit in Deutschland behauptet hat, ist gewöhnlich auch an die Verjährung von Jahr und Tag gebunden. Daß diese einheimische Verjährung sich hier gegen das eindringende Römische Recht behauptet hat, ist wohl hauptsächlich daraus zu erklären, daß im letzteren das Näherrecht gar nicht vorkommt, daher es natürlich scheinen mußte, die einheimische Rechtseinrichtung auch in Ansehung der Verjährung nach einheimischen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen. Dann mochte es auch wohl wünschenswerth scheinen, dieses für den freien Verkehr sehr hemmende Recht so bald als möglich verjährt zu sehen, wie man auch daraus abnehmen kann, daß die besonderen Stadt- und Landrechte meistens die Frist von Jahr und Tag noch bedeutend abgekürzt haben (vgl. Walch's Näherrecht I. 5. §. 22. 23.)[712]). Wir finden die Verjährung von Jahr und Tag angewendet nicht nur auf das Näherrecht der Blutsfreunde (Erblosung, retractus gentilicius), sondern auch auf die übrigen Arten des Näherrechts, die Marklosung (retractus ex iure incolatus), das Gespilderecht (retractus ex iure congrui),

710) Cod. ant. iur. Lub. (bei Brokes, obs. selectae, in d. app. p. 116.) Art. 360. „Wor eine Frouwe nen Kind ock nen Man heft, wil se ehr Gudt vorgeven, und werdt idt nicht bysprafen in Jar und Dage van ehren negesten Erven, so verne alse ehme de Gifft witlich werden, so blifft de Gave stede und vaste." Vgl. Neues Lüb. St.-R. I. 6. Art. 2.

711) Hieher gehört auch Sächs. Landr. I. 34. §. 2. Svelk man sin gut gift unde dat weder to lene untveit, dem herren hilpt de gave nicht, he ne behalde dat gut in sinen ledichliken geweren jar unde dach. Sint mach he't sekerliken jeneme weder lien, so dat he, noch nen sin erve nen egen dar an bereden mach. Vgl. Schwäb. Landr. cap. 316. [Lassb. c. 76. III. p. 36.]

712) Demungeachtet hat man auch wohl die Meinung aufgestellt, daß nicht die jährige, sondern die dreißigjährige Verjährung zur Anwendung kommen müsse, wenn nicht durch besondere Stadt- oder Landrechte eine jährige Dauer des Einstandsrechts anerkannt wird.

das Ganerbenrecht (retractus ex iure condominii), das Nachbarrecht (retractus ex iure vicinitatis), und das grundherrliche Einstandsrecht (retractus ex iure dominii directi) [713]). Wenn es nun gleich nicht unbestritten ist, ob in Ermangelung besonderer Landes- oder Ortsrechte diese Verjährung von Jahr und Tag, oder ob vielmehr die dreißigjährige Verjährung des Römischen Rechts gelten müsse, so wird doch von den angesehensten Kennern des Deutschen Gerichtsgebrauchs die einheimische Verjährungsart als vorzugsweise gültig angenommen. Namentlich wird berichtet, daß bei dem kaiserlichen und Reichs-Kammergerichte nach den Grundsätzen der jährigen Verjährung gesprochen worden sei (vgl. Walch Näherr. I. 5. §. 12.). Wenn in der Lombardischen Lehnrechts-Sammlung das lehnrechtliche Ein-

---

713) Schon eine Verordnung Papst Gregor's IX. (cap. 8. X. de in int. rest. 1. 41.) erwähnt einer für die Erblosung geltenden Verjährung von Jahr und Tag. Stadtrecht v. Verden (in Pufendorf obs. iur. univ. T. 1. app. pag. 83.) stat. 17. „So jemand Bysprake doen will up Erve und Gut, da he de negeste Erve to is ... schall solche Beysprake binnen Jahres und Dages na geschehener Vorlatinge geschehen ..." Ein Altenburgisches Schied von 1473. (Walch's Beitr. z. Deutsch. Rechte, Th. 3. S. 8.) setzt bei der Marklosung die Verjährung auf Jahr und Tag. Auch das Wirtembergische Landrecht (II. 16.) hat für alle von ihm anerkannten Arten des Einstandsrechts (Zinslosung, vorbehaltene Losung) die Frist von Jahr und Tag. Eben so das Kulmer Recht (Ius Culmense, ed. I. V. Bandtkie. Varsav. 1824. 8.), IV. 196. („intra diem annuam"). Man vergleiche ferner das Tirolische L. R. v. 1473. (V. 8.), wo das Einstandsrecht der Verwandten „in Jahresfrist" erlaubt wird. Sodann das Baier. L. R. v. 1518, wo es (XXIII. 2.) heißt „Wer aygen gut hat, und das verkauffen wil, der sol es die nägsten erben anpieten .... Wo aber den nägsten das anpieten vorberüerter massen nicht beschicht, allßdann soll denselben nägsten erben fürgesetzt sein, in jar und tag an den kauff — zu steen." — In dem Bair. L. R. v. 1616. (X. 2. 3.), ist das Einstandsrecht sowohl für die Verwandten, als auch für diejenigen, welche sich das Einstandsrecht vorbehalten haben, auf ein Jahr gesetzt. Eine Breslauische Verordnung über das Einstandsrecht (der Verwandten) vom Jahre 1622. (gedr. Breslau 1622. Fol.) erkennt an, daß bisher „den Retrahenten ein ganz Jahr nachgesehen worden," beschränkt jedoch diese Frist auf drei Monate, damit „allerhand Unrichtigkeit" verhütet werde. Man vgl. auch das Nordfris. Landr. von 1426. (bei Dreyer, Samml. verm. Abhandl. Th. 1. S. 508.), Art. 46. [Vgl. Renaud a. a. O. p. 280 f. Bluntschli a. a. O. II. p. 48. Beseler a. a. O. §. 125. Not. 29. u. A. m. Ueber die frühere Nothwendigkeit, alsbald auf das Angebot des Vorkaufs sich zu entscheiden. s. ebd. p. 330 f.]

standsrecht auf die Frist eines Jahres beschränkt wird[714]), so möchte es wohl auch am natürlichsten sein, bei dieser Bestimmung an die von Jahr und Tag zu denken. Diese Ansicht hat aber in den Gerichten keinen Eingang gefunden. Man hält sich hier strenge an den Buchstaben, und läßt also die Verjährung nach Ablauf von 365 (366) Tagen sich schließen. — Was den Anfangspunkt bei dieser Verjährung anbetrifft, so scheint zunächst so viel natürlich, daß dieser nicht eintreten kann, ehe der Käufer in den Besitz der Sache gekommen ist, weil die näherrechtliche Klage gegen ihn früher gar nicht begründet sein kann[715]). Außerdem fodert man, daß der Berechtigte von dem eingetretenen Falle Kenntniß erlangt habe. Für das lehnrechtliche Einstandsrecht ist dieses in dem Lombardischen Rechtsbuche klar und deutlich ausgesprochen (II. F. 9. §. 1.; II. 26. §. 14.), und die gewöhnliche Meinung überträgt dieses auf die Verjährung des Einstandsrechtes überhaupt (vgl. Walch Näherr. I. 5. §. 15.). Doch ist es dem Geiste unseres einheimischen Verjährungsrechts angemessener, den Lauf der Verjährung gegen Anwesende sofort von der Zeit der Auflassung anfangen zu lassen, insoferne diese mit einer öffentlichen Bekanntmachung verbunden ist[716]). Wo dieses nicht der Fall ist, und dennoch

714) II. F. 9. §. 3. spricht von einem *annale silentium* in Beziehung auf das dem Lehnsherrn zustehende Einstandsrecht; II. F. 26. §. 14. erwähnt die jährige Frist in Beziehung auf das Einstandsrecht des Lehnsfolgers. Die letzte Stelle redet von einer Ausübung des Einstandsrechts gegen entferntere Lehnsfolger; dieses ist Veranlassung gewesen, daß man die jährige Frist bei einem gegen Fremde auszuübenden Einstandsrechte gar nicht hat für zulässig erachten wollen (vgl. Horn iurispr. feud. XX. 7.) Allein II. F. 9. §. 3. enthält keine Einschränkung, und muß daher allgemein verstanden werden; dieses berechtigt uns unbedenklich, auch II. F. 26. ohne Einschränkung zu verstehen.

715) [S. auch Renaud a. a. O. p. 267 f. Gengler a. a. O. p. 390. Nro. 3. u. A.]. Uebrigens ist dieser Satz sehr bestritten. Vgl. Walch Näherr. I. 5. §. 14. [Beseler a. a. O. p. 334. Not. 12.] Im cap. 8. X. de in int. rest. 1. 41. heißt es allerdings „infra annum et diem a tempore contractus"; aber schwerlich ist hier der Ausdruck contractus im strengen Sinne, also im Gegensatze mit der Uebergabe, zu nehmen; er umfaßt wohl vielmehr die ganze Verhandlung.

716) Das Hadeler Recht (bei Pufendorf, obs. iur. univ., app. zu T. I. p. 19.) II. 11. fodert ein dreimaliges Aufbieten von der Kanzel, und nach dem Wurster Landrechte (ebd. S. 72.) Tit. 6. kann nur eine zwanzigjährige Verjährung eintreten, wenn ein solches Aufbieten nicht erfolgt ist.

diese Verjährung angewendet werden soll, da ist es dagegen ganz in der Ordnung, daß sie erst mit der Zeit der erlangten Wissenschaft anfange, wie sie denn auch gegen Abwesende nicht vor erlangter Kunde oder vor erfolgter Heimkehr ihren Anfang nehmen kann [717]). — In Fällen, wo die Verjährung von Jahr und Tag durch die Unwissenheit des Betheiligten unanwendbar ist, hat man kein Bedenken getragen, die dreißigjährige Verjährung des Römischen Rechts anzuwenden. In Folge dieser Anwendung sind nun auch diejenigen, welche von der ihrem Einstandsrechte drohenden Gefahr keine Kunde gehabt haben, dennoch der Verjährung ausgesetzt. In der That ist gegen eine solche Anwendung nichts zu erinnern, da ihr die allgemeine Natur der dreißigjährigen Verjährung keineswegs entgegen ist [718]). Eine zehn- und zwanzigjährige Verjährung würde nach gemeinem Rechte zu verwerfen sein.

717) Das Hadeler Recht (a. a. O.) stimmt damit überein. Das Recht des Amts Hagen (bei Pufendorf, obs. iur. univ., app. zu T. III. p. 8.) Art. 4. und die Lüneburgischen Edtags-Artikel (ebd. pag. 376.) Art. 39. verstatten allerdings die Verjährung von Jahr und Tag selbst gegen Abwesende; dort finden wir aber auch die gewöhnliche Dauer des Einstandsrechts auf sechs und vier Wochen beschränkt. Das Rügenwalder Stadtrecht (in Schott's Samml. z. d. Deutschen Land- und Stadtrechten, Th. 2. S. 81.) Art. 45. wird Jahr und Tag „nach gerichtlicher Verlassung so ins Stadtbuch verzeichnet wird" gerechnet, obgleich dort von einem öffentlichen Aufbieten nicht die Rede ist. Nach dem Wirtembergischen Landrechte (II. 16.) läuft bei Zinslosungen und vorbehaltenen Losungen die Frist von der Zeit der an den Losungsberechtigten geschehenen Bekanntmachung, bei Marklosungen aber von der Zeit der öffentlichen Kundmachung des Verkaufs. Dagegen rechnet die Tirolische Landesordnung v. 1473. (V. 8.) „von Dato an des beschloßnen Kaufs," ohne daß auf einen Unterschied hingewiesen wäre. Nur bei Grundgütern (d. h. Zinsgütern) läuft die Frist erst von der Zeit der grundherrlichen Bestätigung. Auch das Kulmsche Recht (Ius Culmense, ed. I. V. Bandtkie, Varsav. 1824. 8.), IV. 196. berechnet die dem Einstandsrechte der Verwandten gesetzte Frist von Jahr und Tag ohne weiteren Unterschied „ab eo tempore, quo traditio et adscriptio iudicialiter celebrata fuit."

718) [Vgl. Gengler a. a. O. p. 395.] In dem Hadeler Rechte (bei Pufendorf, obs. iur. univ., app. zu T. I. p. 19.) II. 11. findet sich diese dreißigjährige Frist gegen Auswärtige, welche von der drohenden Verjährung keine Kunde haben, aber mit einem Zusatze von sechs Wochen und drei Tagen.

Sechstes Buch.

Verjährung im Rechte der Schuldfoderungen.

I.

Von der Möglichkeit einer Begründung von Schuldverhältnissen durch Verjährung*).

§. 252.

Da eine erwerbende Verjährung im Römischen Rechte nur auf den Grund eines fortdauernden Besitzes statthaft ist, und bei Schuldverhältnissen weder ein Besitz noch ein besitzähnliches Verhältniß angenommen wird, selbst nicht einmal bei solchen Schuldverhältnissen, welche eine von Zeit zu Zeit wiederkehrende Leistung mit sich bringen**), wie es bei den verzinslichen Foderungen der Fall ist, so ist nicht zu erwarten, daß eine Begründung der Schuldfoderungen durch Verjährung als zulässig betrachtet werden sollte. Namentlich ist an eine Anwendung der usucapio, die nicht einmal bei den Dienstbarkeitsrechten sich behaupten konnte, gar nicht zu denken. Die longi temporis praescriptio, welche zunächst keinen Anspruch zu ge-

*) Vgl. des Verf. Schuldverh. Bd. I. §. 45.

**) S. Bruns R. d. Bes. p. 482. „Wenn Jemand einfach durch Vertrag oder Testament zu mehrfachen Leistungen z. B. Capitalzinsen, Miethzinsen verpflichtet ist, so kann hier nicht von einer Obligation mit wiederkehrender Leistung gesprochen werden, sondern jede Leistung bildet hier eine selbständige Obligation“ — — — „es müssen deshalb nicht nur alle Obligationen auf einmalige Leistung, sondern überhaupt alle Obligationen des reinen abstracten Obligationenrechts vom Besitze ausgeschlossen werden, und derselbe ganz auf die Obligationen beschränkt werden, die entweder an dauernde personenrechtliche Verhältnisse geknüpft, oder dauernd auf Sachen, namentlich Immobilien radicirt sind.“ vgl. Seuffert Arch. I. 183.

währen vermag, sondern nur zu einem Schutze gegen Ansprüche berechtigt, eignet sich an und für sich nicht für die Begründung eines Schuldverhältnisses. Sollte daher eine Verjährung binnen langer Zeit in dem Rechte der Schuldverhältnisse als erwerbende Verjährung statthaft sein, so hätte sie mit einer etwas eigenthümlichen rechtlichen Gestaltung eingeführt werden müssen, so daß sie eine besondere Verjährungsart ausmachte, was aber nicht geschehen ist. Die praescriptio XXX vel XL annorum ist aus gleichem Grunde unanwendbar; denn wenn in der l. 8. §. 1. C. de pr. XXX vel XL ann. 7. 39. der redliche Besitzer einer Sache nach Ablauf von dreißig oder vierzig Jahren eine dingliche Klage erlangen kann, so folgt doch wohl nicht, daß derjenige, welcher den dreißig- oder vierzigjährigen Genuß einer Schuldfoderung gehabt hat, ohne unredlich zu sein, dadurch eine persönliche Klage erlangen müsse.

Die l. 28. C. de pact. 2. 3. bestätigt auch die Ausschließung der Verjährung in der Entscheidung eines einzelnen Falles. Diocletian und Maximian antworten nämlich

> „Si certis annis, quod nudo pacto convenerat, datum fuerit, ad praestandum in posterum indebitum solutum obligare non potuit eum, qui pactum fecit, nisi placitis stipulatio intercesserit."

In gleichem Geiste wird in der l. 31. D. de op. lib. 38. 1. der Satz aufgestellt, daß ein Freigelassener, welcher eine Zeit lang („aliquo tempore") Dienste thut, ohne bei der Freilassung zu Diensten verpflichtet worden zu sein, dadurch nicht dienstpflichtig werde.

§. 253.

Doch fehlt es auch nicht an Zweifelsgründen.

I. Eine Verordnung des Kaisers Antoninus (Caracalla) soll beweisen, daß Leistungen, welche jedes Jahr oder jeden Monat wiederkehren, wenigstens dann, wenn sie in Beziehung auf ein Vermächtniß geleistet werden, durch dreijährige Verjährung begründet werden können [719]). Da nicht bestimmt drei

719) L. 1. C. de fideic. 6. 42. „Si probaveris, Demetrium petiisse de matre heredeque sua, ut tibi alimenta menstrua et vestiarium annuum praestaret, eamque secutam voluntatem filii sui per multum temporis, id est, non minus in tali causa triennio, ea praestitisse, ut in futurum quo-

Jahre gefodert werden, sondern diese Zeit nur als kürzeste Frist erwähnt wird, da ferner nicht zu verkennen ist, daß die drei Jahre mit Rücksicht auf die Umstände des Falles („in tali causa“) gefodert werden, so ist schwer zu glauben, daß hier der rechtliche Grund für das Wirksamwerden des Vermächtnisses in dem Zeitablaufe an und für sich, also in einer Verjährung zu suchen sei. Man muß annehmen, der Kaiser sei der Meinung gewesen, eine mehrmals wiederholte Erfüllung der im letzten Willen enthaltenen Vorschrift enthalte eine Entsagung auf die Einwendungen, die sich gegen die rechtliche Gültigkeit desselben vielleicht hätten machen lassen und folglich ein Gültigwerden der letzten Willensverordnung [719a]), während eine einmalige Erfüllung noch nicht genüge, indem diese auch wohl eine bloße Abfindung, und gleichsam ein Almosen sein könnte. Ganz frei von Willkür dürfte die kaiserliche Entscheidung doch wohl nicht sein, besonders in Bestimmung der drei Jahre. Die Rücksicht, daß Vermächtnisse, welche zum Behufe des Lebensunterhalts gemacht werden, auf alle Weise Begünstigung verdienen, mochte mit einwirken.

II. Nach l. 20. C. de agric. 11. 47. soll durch vieljährige Leistung eines (emphyteutischen)*) Grundzinses die Verpflichtung zur ferneren Entrichtung begründet werden. Allein genauer betrachtet sagt die Stelle nur, daß derjenige, welcher seit langer Zeit den Grundzins von einer Besitzung zieht, dadurch eine Verjährung als Eigenthumsbesitzer (durch longi temporis praescriptio) begründet. Davon ist freilich die Folge, daß der Inhaber des Zinsgutes, um sich im Besitze zu behaupten, den Zins fortzahlen muß. Das kann aber keine Begründung einer Schuldfoderung durch Verjährung genannt werden**).

III. Die l. 6. pr. D. de usur. 22. 1.***) soll beweisen, daß

---

que ea praestentur, et si qua in praeteritum praestita non sunt, ut exsolvantur, impetrabis.“

719a) Ein solches Gültigwerden kommt auch sonst vor L. 30. §. 17. D. de fideic. lib. 40. 5. L. 16. §. 1. C. de test. 6. 23. L 2. C. de fideic. 6. 42. [Vgl. H. Keller in Sell's Jahrb. III. p. 185—191.]

*) Die Stelle spricht allerdings von dem Colonatverhältnisse vgl. Anm. 802. Im Uebrigen behält die Ausführung im Text ihre Richtigkeit.

**) Vgl. auch H. Keller a. a. O. p. 191—194. und die dort Citierten. Seuffert Arch. II. 268.

***) Dieselbe Meinung, wie der Verf., vertheidigt in sehr ausführlicher

eine vieljährige Zinszahlung die Verpflichtung zur Fortzahlung der Zinsen begründe [720]). Da die Stelle von longum tempus spricht, so wird denn auch gewöhnlich eine Zeit von zehn Jahren gefodert; doch wollen Einige schon eine dreijährige Frist genügend finden, indem sie sich auf l. 1. C. de fideic. (vgl. I.) berufen. Allein da eine solche Verjährung sonst unerhört ist, und es auch geringe Wahrscheinlichkeit hat, daß gerade die Zinsfoderungen einen ausgezeichneten Vorzug haben sollten, so kann man unmöglich geneigt sein, in der Stelle eine Verjährung zu sehen. Die Bedenklichkeit wird vermehrt, wenn man den §. 1. der Stelle mit dem pr. verbindet. Im §. 1. beruht offenbar die angeführte Entscheidung des Kaisers auf einer Schlußfolgerung; es wird aus der Verzinsung auf eine vorhergegangene Bestellung eines Heirathguts geschlossen. Sollte nicht auch das pr. eine auf einer ähnlichen Vermuthung beruhende Entscheidung enthalten? Es konnte kein strenger Beweis geführt werden, daß der Sklave oder das Kind, auf dessen Handlungen die angestellte Verwendungsklage (de in rem verso actio) sich gründete, auf gültige Weise Zinsen versprochen hatten; der Kaiser nahm aber dennoch die Zinsverpflichtung als richtig an, weil der Herr oder der Vater eine geraume Zeit hindurch Zinsen entrichtet hatte. Er gieng nämlich von der Voraussetzung aus, dieser würde es nicht gethan haben, wenn er nicht von seiner Schuld überzeugt gewesen wäre. Aber, wird man sagen, wenn hier nichts weiter als eine solche Schlußfolgerung vorliegt, warum soll schlechterdings longum tempus

Erörterung H. Keller Ueber die rechtliche Bedeutung des Factums langjähriger Zinszahlung a. a. O. p. 171—224. s. ferner Arndts Pand. §. 207. Anm. 3. Seuffert Pand. R. §. 232. Not. 10. Sintenis Civ.-R. Bd. II. §. 87. Not. 4. Zu sehr beschränkt aber der Verf. die unter solchen Umständen begründete Vermuthung für die Existenz einer Zinsverbindlichkeit (und Capitalschuld), wenn er sie Schuldverh. §. 157. Not. a. bloß dem Erben, nicht dem Zinszahlenden selbst gegenüber annimmt.

720) L. 6. pr. D. cit. „Cum de in rem verso cum herede patris vel domini ageretur et usurarum quaestio moveretur, imperator Antoninus ideo solvendas usuras iudicavit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore praestitisset.“ Da auch auf §. 1. ibid. Rücksicht zu nehmen sein wird, so will ich auch diesen §. anführen. Papinianus fährt nämlich also fort „Imperator quoque noster Severus filiae Flavii Athenagorae, cuius bona fuerant publicata, de fisco ideo numerari decies centena dotis nomine iussit, quod ea patrem praestitisse dotis usuras allegasset.“

vorausgesetzt werden? Eine solche Schlußfolgerung kann nach Umständen auch wohl durch eine einmalige Zinszahlung begründet werden. Gewiß! Wo ist denn aber diese Möglichkeit geläugnet? In dem bestimmten Falle, dessen die Stelle erwähnt, waren nun aber die Zinsen nicht bloß einmal, sondern eine geraume Zeit hindurch entrichtet worden; dem gemäß hatte der Kaiser kein Bedenken getragen, das Vorhandensein einer Zinsverpflichtung vorauszusetzen, und demnächst auch, weil von Seite des Gegners kein Irrthum nachgewiesen werden konnte, zu Gunsten des Klägers entschieden. Wären die Umstände anders gewesen, so würde er vielleicht eben so entschieden haben; wenigstens wird in dem Falle, dessen der §. 1. erwähnt, nicht ausdrücklich gesagt, daß der Kaiser Severus auf die Fortsetzung der Zinszahlung Rücksicht genommen habe. Aber man wird zugeben müssen, daß in demselben Maße, in welchem die Zinszahlung öfter wiederholt wird, die Voraussetzung eines der Zahlung zum Grunde liegenden Irrthums unzulässiger erscheint. Ferner wird es immer verzeihlicher, wenn der Kläger, der fortdauernd seine Zinsen richtig bekommt, weniger um den Beweis seines Rechts sich bekümmert, und dadurch zuletzt in die Lage geräth, daß er sich auf einen durch Schlußfolgerungen zu begründenden Beweis stützen muß. Diese Bemerkungen werden es hinreichend rechtfertigen, wie gerade der Umstand, daß die Zinsen „longo tempore" *) entrichtet worden waren, auf die Entscheidung des Kaisers von dem wichtigsten Einflusse sein konnte, ohne daß man schließen dürfte, die Entscheidung beruhe wesentlich auf dieser Voraussetzung. Solche Schlüsse (argumenta a contrario) sind höchst mißlich, wenn sie nicht durch den Zusammenhang der Rechtssätze unterstützt werden [721]).

*) So steht auch in L. 69. pr. D. de iur. dot. 23. 3. longum tempus ohne alle Beziehung auf die Verjährung vgl. Keller a. a. O. p. 194. u. unten Anm. 751 a.

721) Man vergleiche über diese streitige Lehre Glück Erl. d. Pand. Th. 21. S. 50—57. 74. 75. Unter den Stimmen, welche sich für die Annahme einer Verjährung, wenigstens im Falle der l. 6. pr. D. de usuris erklären, hätte Glück auch noch F. C. Gesterding (Alte und neue Irrthümer der Rechtsgel. S. 1—20.) anführen können. [Weitere Litteraturnachweisungen s. bei Keller a. a. O. Herauszuheben ist hier noch W. Müller Civ. Abh. Bd. 1. Gieß. 1833. Nro. 6. p. 232—252., der die Verpflichtung des Schuld-

§. 254.

Eine besondere Untersuchung verdient es, ob nicht wenigstens bei den Gutsleistungen eine begründende Verjährung zulässig sei. Solche Gutsleistungen kommen nach unseren einheimischen Rechten sehr häufig bei Grundstücken und namentlich bäuerlichen Besitzungen vor, von denen entweder Herrendienste (Frohnen) zu leisten, oder Abgaben (Grundrenten, Zinsen, Gilten) zu entrichten sind. Die Leistung muß gewöhnlich an ein Gut (d. h. an denjenigen, dem dieses Gut gehört) geschehen; es kann aber auch sein, daß es eine Stiftung ist, welche die Leistung zu fodern hat. Die Bearbeiter des Deutschen Rechts haben nun großentheils die Römische Lehre von den Dienstbarkeiten auf dergleichen Rechtseinrichtungen angewendet, und nicht ganz ohne Schein. Das Recht haftet nämlich auf einem Gute, und gereicht meistentheils auch zum Vortheile eines Guts; außerdem kann nicht geläugnet werden, daß hier ein dingliches Recht an dem mit der Leistung behafteten Grundstücke angenommen werden muß. Diese Zusammenstellung mit den Dienstbarkeitsrechten scheint es auch zu rechtfertigen, wenn auf ähnliche Weise wie bei den Dienstbarkeitsrechten eine Begründung dieser Rechte durch Verjährung (namentlich eine Verjährung von zehn oder zwanzig Jahren) behauptet wird. Wie sehr nun aber auch in diesem Punkte die gangbare Meinung mir entgegen sein mag, so bin ich doch entschieden gegen die so eben bemerkte Zusammenstellung, die ich für höchst unnatürlich halte; denn die Dienstbarkeisrechte bestehen in einer Befugniß zur Verfügung über eine Sache, die in Ansehung der Gutsleistungen Statt findenden Rechte dagegen in einem Anspruche auf ein dare, facere oportere. Die letzten sind also ihrem ganzen Wesen nach Schuldfoderungen (obligationes), nur daß bei ihnen der Berechtigte und der Verpflichtete erdichtete Personen sind, indem das belastete Grundstück die Stelle einer Person vertritt und eben so das herrschaftliche Gut oder die Stiftung als eine rechtsfähige Person gedacht wird. Das dingliche Recht, welches in Ansehung des belasteten Grundstücks

ners auf dessen natürliche Verbindlichkeit zur Zinszahlung, und die in der Leistung der Zinsen ausgesprochene tacita conventio gründen will. vgl. dag. Keller a. a. O. p. 195 ff. Sintenis a. a. O. p. 93.]

unläugbar Statt findet, ist als ein zu dieser Schuldfoderung hinzutretendes (accessorisches) Recht anzusehen, und mit dem Pfandrechte zu vergleichen [722]). Dann aber kann in dem Dasein eines solchen Rechts durchaus kein Grund für die Annahme einer begründenden Verjährung gesucht werden. Es bleibt daher, um überhaupt für das Deutsche Recht eine erwerbende Verjährung solcher Befugnisse zu begründen, nichts übrig, als die Berufung auf den Gerichtsbrauch, welche um so mißlicher sein dürfte, je weniger die wahre Natur dieser Rechte zu einer klaren Anschauung gekommen ist. Mit größerem Rechte mag behauptet werden, daß die unvordenkliche Verjährung hier Anwendung finden müsse; um so mehr, als die Unvordenklichkeit bei Foderungen, welche einen staatsrechtlichen Ursprung haben und ins Privateigenthum übergegangen sind, unläugbar als wirksam anerkannt wird, die von den Grundstücken zu leistenden Abgaben und Dienste aber sehr gemischter Natur sind, und häufig aus einem staatsrechtlichen Ursprunge abgeleitet werden müssen*). Daß gar manche Landrechte eine Begründung dieser Rechte durch Verjährung zulassen, ist übrigens außer Zweifel. So gilt z. B. in Sachsen eine Verjährung von 31 Jahren, 6 Wochen und 3 Tagen (Haubold's Lehrb. d. Sächs. Rechts, S. 547.) [723]). Gesetzt aber auch, daß eine Verjährung zur Begründung eines Rechts auf Gutsleistungen aus besondern Gründen zugegeben werden muß, so kann sie jedenfalls nur gegen die einzelnen Güter, derent-

---

722) Man vgl. Eichhorn (Einl. in das Deutsche Pr.-R. §. 160.). Die Ansicht, daß das an der Sache Statt findende Recht als ein Pfandrecht angesehen werden müsse, findet man bei Carpzov (resp. V. 98. no. 10 fgg.). Eichhorn glaubt dieses Recht als ein mit der Schuldfoderung verbundenes Dienstbarkeitsrecht betrachten zu dürfen.

*) Vgl. Seuffert Arch. VII. 5. Noch weiter geht das O. A. G. zu Jena; es will eine Verpflichtung zu ständigen Leistungen von Seiten einer juristischen Person sogar durch praescriptio definita entstehen lassen s. ebd. 269.

723) Als hieher gehörige besondere Schriften finde ich bei Mittermaier (Grundsätze d. gem. Deutschen Privatrechts, §. 196. Anm. 21.) angeführt Kaestner de operis rustic. earumque per praescript. acquis. Lips. 1735. Seger de oblig. rustic. ad oper. per praescript. acquis. Lips. 1769.

wegen die Leistung erfolgen muß, und nicht gegen die Person des Besitzers Wirksamkeit äußern*).

II.

Uebertragung von Schuldverhältnissen durch Verjährung.

§. 255.

Eine Uebertragung der Schuldfoderungen durch Verjährung kennt das Römische Recht eben so wenig, als ihm eine Begründung derselben durch Verjährung bekannt ist. Wenigstens gilt dieses ohne alle Ausnahme, seitdem der Gedanke an eine das Erbrecht selbst begründende usucapio pro herede (vgl. §. 164.) aufgegeben worden war; denn wenn man annimmt, daß die usucapio pro herede ein Erbrecht zu geben vermöge, so müssen in Folge dieser Verjährung allerdings die Schuldfoderungen und Schuldverpflichtungen des Verstorbenen auf den Verlassenschaftsbesitzer übertragen werden.

III.

Aufhebung von Schuldverhältnissen durch Verjährung**).

A.

Geschichtliche Einleitung.

§. 256.

Bis auf die Zeit des jüngern Theodosius ist eine aufhebende Verjährung in der Lehre von den Schuldverhältnissen nur in den verhältnißmäßig wenigen Fällen bekannt, wo ein Anspruch ganz besonders auf eine bestimmte Zeitdauer beschränkt

*) Vgl. oben Anm. 675.

**) Vgl. des Verf. Schuldverh. Bd. I. §. 246—250.

ist. Namentlich ist die longi temporis praescriptio niemals angewendet worden, um Schutz gegen persönliche Ansprüche zu gewähren [724]). Erst seitdem durch die l. un. Th. C. de act. cert. temp. fin. (l. 3. I. C. de pr. XXX vel XL ann. 7. 39.) festgesetzt ist, daß auch die persönlichen Ansprüche nicht über dreißig Jahre dauern sollen, steht es als Regel fest, daß alle Schuldfoderungen erlöschen, wenn der Anspruch aus denselben nicht binnen dreißig Jahren geltend gemacht wird. Diese Regel wird in einer Justinianischen Verordnung vom Jahre 530. neuerdings eingeschärft, und dabei ausdrücklich verfügt, daß sie auch bei Theilungs- und Grenzscheidungsansprüchen Statt finden solle [725]). Es ist bereits bemerkt (vgl. §. 181.), daß die

---

724) L. 5. C. quib. non obi. l. t. pr. 7. 35. „Neque mutui, neque commodati, aut depositi, seu legati, vel fideicommissi, vel tutelae, seu alii cuilibet personali actioni longi temporis praescriptionem obiici posse, certi iuris est.“ ⸎fr. Vat. §. 7. Quominus possessio rei venditae tradatur empti iudicio, decem annorum praescriptione non impeditur. L. 79. D. de leg. II. 31. L. 8. C. de neg. gest. 2. 19. L. 8. C. de arb. tut. 5. 51. L. 21. C. de evict. 8. 45.⸎ Nicht einmal bei der hereditatis petitio hatte man die longi temporis praescriptio angewendet (l. 4. C. in quib. caus. cess. l. t. pr. 7. 34.), obgleich diese großentheils die Natur einer Eigenthumsklage hat. Daß sie gegen Theilungsklagen nicht gebraucht werden kann (l. 3. C. ib.), fließt theils (insoferne nämlich von dem Rechte auf Theilung zu bringen an sich die Rede ist) aus der Natur der Sache, theils (was die Nebenfoderungen angeht) aus dem Grundsatze, daß die l. t. pr. keinen Schutz gegen Schuldfoderungen gewährt. [Wegen Paul. S. R. V. 5a. §. 8. vgl. Thon Gieß. Zeitschr. Bd. VIII. p. 18. Anm. 3.]

725) L. 1. §. 1. C. de ann. exc. Ital. contr. toll. 7. 40. „Ad haec cum nihil prohibet etiam ea, quae aliquam dubitationem acceperunt, clarioribus et compendiosis sanctionibus renovari, iubemus omnes personales actiones, quas verbosa quorundam interpretatio iactare extra metas triginta annorum conabatur, triginta annorum spatiis concludi, nisi legitimus modus, qui et veteribus et nostris legibus enumeratus est, interruptionem temporis introduxerit, sola hypothecaria actione quadraginta annorum utente curriculis. Nemo itaque audeat, neque actionis familiae erciscundae, neque communi dividundo, neque finium regundorum, neque pro socio, neque furti, neque vi bonorum raptorum, neque alterius cuiuscunque personalis actionis vitam longiorem esse triginta annis interpretari; sed ex quo ab initio competit et semel nata est, et non iteratis fabulis saepe recreata, quemadmodum in furti actione dicebatur, post memoratum tempus finiri. Exceptis omnibus actionibus, licet personales sint, quae in iudicium deductae sunt et cognitionalia acceperunt certamina, et postea silentio traditae sunt, in quibus non triginta, sed quadraginta annos esse exspectandos, ex quo

Bestimmung auf die persönlichen Rechtsansprüche bezogen werden muß, welche aus dem Verhältnisse der Gemeinschaft oder der Grenzverwirrung hervorgegangen sind.

§. 257.

Uebrigens sind es ausschließlich diese Grundsätze des Römischen Rechts, welche heut zu Tage in der Lehre von der aufhebenden Verjährung der Schuldverhältnisse das gemeine Recht bilden. Die einheimische Verjährung von Jahr und Tag finden wir überhaupt nur in einzelnen Anwendungen, und auch diese sind durch das Römische Recht meist verdrängt worden, und nur etwa noch hie und da als besonderes Recht stehen geblieben.

I. Die erste dieser Anwendungen zeigt sich bei der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung zur Gewährleistung, welche in den älteren Deutschen Rechten auf eine Frist von Jahr und Tag beschränkt ist [726]). Diese Verjährungszeit hängt damit zusammen, daß nach den Deutschen Rechtsgrundsätzen der Erwerber einer Sache nach Jahr und Tag ohnehin eine rechte Gewer zu seinem Schutze erlangt, und daher einer fremden Gewer nicht weiter bedarf (vgl. Th. 1. §. 22.). Da nun der Besitz von

---

novissimum litigatores tacuerunt, lex nostra antea promulgavit." cf. pr. I. de perp. et temp. act. 4. 12.

726) Cod. ant. germ. iur. Lubec. (bei Westphalen, mon. ined. T. III. p. 642.) Art. 17. „So war en man en erve verkoft jemanne, he schal et eme up laten vor deme rade, und schal is ene waren jahr und dach ..." [Hach p. 258. art. 23.] Neues Lüb. Stadtr. III. 6. Art. 1. 2. Leg. Goslar. art. 13. (vgl. Pufendorf, obs. iur. univ. T. I. app. p. 243. in nota). „We en erve vorkofft, de schall weren dach unde jar vor rechter ansprake, so is id ledig." Sächs. Weichb. Art. 21. 30. [v. Thüngen 23. 33.] Schles. Landr. (in Böhme's diplom. Beitr. Th. 4. S. 31. 40.) I. 37. dist. 1.; I. 44. [s. Not. 728.] Vgl. Kaiserrecht II. 106. Es fehlt auch nicht an Urkunden, in welchen die Gewährleistung auf Jahr und Tag übernommen wird, z. B. vom Jahre 1298. (bei Westphalen, l. c. T. III. p. 1570.), vom J. 1319. (ebend. T. III. p. 1607.), vom J. 1340. (ebend. T. II. p. 145.), vom J. 1346. (ebend. T. IV. p. 97.), v. J. 1383. (ebend. T. IV. praef. p. 997.), v. J. 1392. (ebd. T. II. p. 289.). Vgl. I. H. Böhmer, exerc. ad Pand. T. IV. ex. 62. §. 19. — Insbesondere gilt die Beschränkung der Gewährleistung auch bei Lehnsverleihungen; denn das Sächs. Landr. III. 83. §. 2. sagt Swie en gut liet oder let enem anderen, die sal is im geweren jar unde dach.

Jahr und Tag, wie früher gezeigt ist, hauptsächlich nur bei unbeweglichen Gegenständen eine rechte Gewer zu bewirken pflegt, so ist es ganz natürlich, daß auch diese Beschränkung der Gewährleistungspflicht auf eine jährige Dauer bei beweglichen Sachen in der Regel gar nicht vorkommt [727]). Diesem Zusammenhange ist es gemäß, daß die Verpflichtung zur Gewähr-

727) Schles. Landr. (bei Böhme, dipl. Beitr. Th. 5. S. 10.) IV. 13. dist. 11. bei Ortloff IV. 42. Dist. 12. Waz eyn man farninges gutes vorkoufft, des sal her ewiglichen vor allen anefang eyn gewer sin, unde sin erbe, ab her sterbet. Das Goßlarsche Stadtrecht (bei Leibnitz, script. rer. Brunsvic. T. III. pag. 531.) Art. 17. ist fast gleichlautend. Richtstig Landr. cap. 13. (ed. Unger. p. 24.) Spricht aber der gewer: Herr richter! ich piet eins rechten nach dem das er es in seinen ingewerenn behalten hat XX jar sint der tzeit, so ichs verkaufft, ab ich im icht volwert hab, ader was ein recht darumb sey? So sprich dawider: Herr, herr richter! des zewh ich mich an euch, das er mir des kaufs bekant hat; so pit ich nun eins urteils, ob er mich van recht icht sulle gewerenn, die weyl diese habe erlebt? Das vindet man. Das ganze Capitel handelt nämlich vom Verkaufe fahrender Habe. Einiges Bedenken macht das Sächs. Landr. III. 83. §. 3. Svie egen oder varende have verkoft, des sal he gewere sin die wile he levet. Entweder es hat sich hier ein Fehler eingeschlichen, oder es soll durch den Ausdruck „egen oder varende" nichts weiter als „bewegliches Allod" (gerade zuvor ist nämlich vom Lehngute die Rede gewesen) bezeichnet werden. Ein anderer Ausweg ist, wenn man mit Haubold (de usucap. rer. mobil. in Sax. §. 9.) annimmt, daß bei der angeführten Stelle des Sächs. Landrechts an ein Verkaufen ohne Auflassung zu denken ist. Dieß begründet nämlich keine Verjährung zu Gunsten des Besitzers; also bleibt auch für den Käufer die Haftung für den Fall der Entwährung. Uebrigens ist diese Stelle auch in das Sächs. Weichbild (Art. 30. [v. Thüngen art. 23 a. E.]) und in das Schles. Landrecht (a. a. O. Th. 4. S. 28.) I. 32. übergegangen. An der letzten Stelle (bei Ortloff I. 39. D. 1.) heißt es Wer eygen adder fromde (schlechte Lesart, anstatt farende, [was in der That einzelne Handschriften haben s. Ortloff p. 384.] wie schon Haubold bemerkt hat) habe vorkouft, der sal des gewer sin, dywile daz her lebet. Eine Ausnahme von der Regel enthält das Schwäbische Landr. cap. 314. Lassberg. 76. I. Wer eyn gůt eynem man geyt zekauffen das varend gůt heysset, der sol seyn wer syn dreu iare unnd eyn tage, der im land ist. Vber wie lang er kommet, er můss darumb antwirtten. Der Text ist mangelhaft, aber der Sinn ist klar. Gegen Anwesende soll nach drei Jahren die Gewähr erlöschen sein. Dieß hängt auch mit der im cap. 269. [Lassb. c. 56.] anerkannten dreijährigen Verjährung der beweglichen Sachen recht gut zusammen. Inzwischen muß bemerkt werden, daß in der Schilterschen Ausgabe des Schwäbischen Landrechts (Art. 395.) die Bestimmung eben so lautet, wie im Sächs. Landrechte „Swer aigen oder varndez gut verkauffet, der sol des gewer sin diewile er lebt."

leistung in dem besonderen Falle, wo es ein Abwesender ist, der die Sache in Anspruch nimmt, über die Jahresfrist hinaus fortdauert. Eben so, wenn aus Rücksicht auf die Persönlichkeit desjenigen, dem die Sache gehört, die Ersitzung einer rechten Gewer gegen ihn unstatthaft ist [728]).

II. Die zweite Anwendung findet sich bei den bürgschaftlichen Verpflichtungen, deren Dauer ebenfalls, wenigstens in einigen Fällen, auf Jahr und Tag eingeschränkt ist. 1) Die alten Stadtrechte beschränken ganz entschieden die Verpflichtung des Gewährbürgen (Wahrborgen) auf Jahr und Tag, was mit der beschränkten Dauer der Gewährpflichtigkeit selbst zusammenhängt [729]). Dieselbe Bestimmung hat das s. g. Kaiserrecht (II. 106.). 2) Das alte Soester Stadtrecht beschränkt die Verpflich-

---

728) Schles. Landr. (in Böhme's dipl. Beitr. Th. 4. S. 31.), I. 37. dist. 1. bei Ortloff I. 44. dist. 2. Wer eyn erbe vorkouft, der sal is gewern ior unde tagk vor rechter ansproche, so ist her ledigk; es sy denne, daz der is anspreche, sy ussewendig des landes gewest. Ebend. (Th. 4. S. 40.) I. 44. Ortloff II. 1. dist. 1. Welch man in wichbilde eyn husz kouft adder vorkouft, der sal in iare unde tag wern. Wenne iar unde tagk uszkemmet, so enhad her on furder nicht czu gewern vor alle den, dy in wichbilde adder in lantrechte sin gewest. Hette aber ymant yme lande icht rechtes dorczu, der ussewendigk landis wer, vor des anesprache musz he sin gewere sin. Ouch sal he gewere sin vor kinder, dy nicht mundig sin unde ouch dy poben oren iarn sin. Wel man ome der gewerschaft nicht glouben, he sal noch der der werschaft daz geld vorborge, noch schepphen orteyl. Vgl. die Glosse zum Art. 21. des Sächs. Weichbilds.

729) Ant. Cod. lat. iur. Lubec. (bei Westphalen, monum. ined. T. III. col. 630.). „De Fideiussione immobilium. Si quis pro immobilibus se per fideiussionem obligaverit, tamdiu fideiussioni inhaerebit, donec anno et die res immobilis sine lite permaneat, finito autem anno et die emtor sola manu si necesse habuerit, in reliquiis obtinebit.“ [bei Hach p. 209. art. 78.] Ant. Cod. germ. iur. Lubec. (ib. T. III. col. 649.) Art. 85. „So we verbindet sic an borchtucht vor ervegut, de schal an der borchtucht stan, jar unde dach, dat det erve hebbe wesen ane bisprake . . .“ Art. 86. „So war jemen en erve verkoft, unde borgen dar umme settet, to warende jahr unde dach . . .“ [bei Hach p. 263. art. 34. 35.]. Altes Hamb. Stadtr. (ebd. T. IV. col. 2091.) I. 6. „Weme so Erve upgelaten werd, de schall immer Borgen nemen, dat he gewaret werde Jaer und Dag . . .“ Vgl. ebd. I. 14. [und Hach p. 462. art. 248.] Statut. von Verden (bei Pufendorf, obs. iur. univ. T. I. app. p. 83.). „So jemand Erve offte Guht vorlaten will, de schall . . . . Jahr und Dag einen Wahrborgen stellen . . . .“ Die Statuten von Stade, I. 2. (ebd. app. zu T. I. S. 171.) und Riga, Art. 5. (ebd. app. zu T. III. S. 224.) drücken sich ziemlich gleichlautend aus.

tung desjenigen, der sich für einen Kläger verbürgt hat, ebenfalls auf Jahr und Tag[730]). Das möchte aber wohl besonderes Recht gewesen sein.

B.

Zusammenstellung der Rechtsgrundsätze.

1. Das Allgemeine.

a. Wirksamkeit dieser Verjährung*).

§. 258.

Wenn der dreißig- oder vierzigjährige Verjährungsschutz in Beziehung auf eine Schuldfoderung in Folge der unterlassenen

---

730) Ius Susat. antiquiss. (ed. Emminghaus) Art. 52. „Quicunque aliquem in iudicio convenit de hereditate vel de hernadio vel de Gerathen; plenam ei warandiam et fideiussionem ad annum et diem legitimum praestabit, antequam alter respondere teneatur." Oude Schraa von Soest (bei Emminghaus, memorab. Susat. docum. pag. 157. 158.). Art. 60. „Vortmer wey in deme Gherichte eynen anspreke van einer Ervetale, dey sal eme ghude Borghen setten vor Ansprake Jar unde Dagh, eir hey eme antworden durve." Art. 64. „Vortmer kümet eyn Gast in unser Stat ande beschuldeght eynen unsen Borghere umme Gut, so sal de Gast setten Borgher dem Borghere vor rechte Ansprake Jar ande Dagh." Ueber die in peinlichen Fällen (vgl. Sächs. Landr. III. 14. §. 2. Sächs. Weichb. Art. 14. [v. Thüngen art. 29. 30. 128.]) und bei erbschaftlichen Streitigkeiten (vgl. Sächs. Weichb. Art. 114. [v. Thüngen art. 116.]) vorkommende Verpflichtung zur Angelobung einer Gewähr und deren Folgen vgl. Emminghaus, comm. in Ius Susat. antiquiss. p. 172.

*) Wegen der reichhaltigen Litteratur über diesen Gegenstand darf ich mich wohl auf die Nachweisungen bei Vangerow Pand. §. 151. Anm. Sintenis Civ.-R. I. §. 31. Not. 57. und Sickel Repertorium (Lpzg. 1835. I. p. 384 f.) beziehen. Ich trage nach: Dahn Ueb. d. Wirkung d. Klagenverj. bei Obl. Münch. 1855. Arndts Pand. §. 277. Anm. 1. Windscheid Die Actio d. Röm. Civ.-R. p. 37—41. Demelius Unters. p. 64—82. Brinz Pand. I. p. 161—165. Mit Recht hebt Windscheid, ein Vertheidiger der stärkeren Wirkung der Verjährung, hervor, daß bei der Beantwortung unserer Frage vor Allem ein Argument aus dem Wege zu räumen sei, welches die Fortdauer einer naturalis obligatio ohne Weiteres darzuthun geeignet erscheine; daß nämlich durch die Verjährung der actio eben auch nur sie beseitigt werde, nicht aber das Recht, auf dem sie beruhe. Allein actio sei nicht bloß Klage, sondern der Anspruch; dieser also falle durch die Verjährung weg. Dagegen, glaube ich, muß man einwenden, actio bezeichnet nicht schlechtweg jeden, sondern den klagbaren Anspruch; wo die actio untergeht, erlischt deshalb auch

Klage begründet worden ist, so ist eigentlich nicht die Schuldfoderung selbst (ipso iure) erloschen, sondern nur die Klagbar-

---

bloß die Klagbarkeit des Anspruchs, nicht immer dieser selbst. — Im Uebrigen stützt sich der Beweis der Gegner auf vier Stellen. 1) L. 18. §. 1. D. de pec. const. 13. 5. Ich gebe zu, daß dieß Fragment auf die Klagbarkeit bezogen werden müsse. Folgt daraus aber schon, daß mit der Zerstörung der actio die der Verbindlichkeit verknüpft sei? Es kommt Alles darauf an, wie man den mit proinde beginnenden Satz versteht. Ist er eine Folgerung aus dem gesammten vorhergehenden Gedanken, so ist arg. a contrario jener Beweis erbracht; schließt er sich aber bloß an die letzten Worte an „quia retrorsum se actio refert" — und hierfür spricht der Gegensatz zwischen primum und proinde, der auf eine Coordination, nicht auf reine Subsumtion des Einen unter das Andere hindeutet, — so würde der Sinn der Stelle sich also wiedergeben lassen: Es schadet nicht, sobald zur Zeit, wo das Constitutum eingegangen wurde, eine Schuld existierte, wenn diese späterhin aufhört, quia retrorsum se actio refert. Deshalb schadet es zweitens eben so wenig, wenn später die Klagbarkeit fortfällt. Ja es darf drittens sogar die Geltendmachung des Constitutum ausdrücklich bis dahin hinausgeschoben werden. Schlimmsten Falls könnte man unter dem debitum nach Anleitung von L. 108. L. 178. §. 3. D. de V. S. 50. 16. nur eine klagbare Schuld begreifen. 2) L. 37. D. de fidei. 46. 1. Daß sie ebensowohl auf eine obligatio ad diem bezogen werden kann, darauf macht schon Guyet Arch. f. d. civ. Prax. Bd. XI. p. 76. aufmerksam; gegen die Einwendungen von Savigny Syst. Bd. V. p. 398. Not. c. vgl. Brinz Pand. I. p. 163. 3) L. 38. §. 4. D. de solut. 46. 3. spricht gewiß nicht von der damaligen Klagverjährung, da sie von einem tempus continuum redet. s. v. Savigny a. a. O. p. 400. Not. h. 4) L. 25. §. 1. D. rat. rem hab. 46. 8. handelt von der condictio causa data, causa non secuta (vgl. v. Vangerow Pand. III. p. 415.). Die causa, um derenwillen gegeben wurde, ist Liberation von der Klage des Gläubigers; da diese inzwischen anderweitig erfolgte, kann jene causa nicht mehr erreicht werden. Die anscheinend entgegenstehende L. 71. §. 1. D. de sol. 46. 3. erklärt sich leicht aus der Vergleichung mit L. 47. D. cond. ind. 12. 6. — Daß aus allgemein gehaltenen Ausdrücken wie finitur obligatio vollends Nichts zu entnehmen sei, wird zum Theil von den Gegnern selbst zugestanden s. bes. Heimbach Gieß. Zeitschr. Bd. I. p. 436—440. — So behält das für die schwächere Wirkung der Klagverjährung beigebrachte Argument, die Fortdauer des Pfandrechts nach verjährter Schuldklage (s. L. 2. C. de luit. pign. 8. 31. v. Savigny a. a. O. p. 386—396. v. Vangerow a. a. O. Nro. 6.) seine volle Kraft, indem auch der Einwand, wie dieß nur eine zufällige Consequenz aus der Fassung der formula hypothecaria sei (si neque solutum, neque satisfactum sit), sich durch die Betrachtung erledigt, daß es bei jener buchstäblichen Auslegung der Formel nicht darauf ankam „nicht vorhandene Verpflichtungen zu schaffen, sondern vorhandene zu decken und zu retten." (Vgl. Büchel civ. Erört. p. 54 ff. v. Vangerow a. a. O. p. 266. u. dag. v. Savigny a. a. O. p. 391—394. Brinz Pand. I. p. 165.) — Dürfen wir L. 2. C. cit.

keit derselben der eingetretenen Verjährung wegen (per exceptionem) vernichtet. Die Vernichtung der Klagbarkeit kann nun entweder die Folge haben, daß die Schuldfoderung nicht bloß civiliter, sondern auch naturaliter als aufgehoben behandelt wird, wie dieses der Fall ist bei Schuldfoderungen, denen die Klagbarkeit durch das SC. Velleianum entzogen ist; oder es wird die Schuldfoderung civiliter zwar als aufgehoben angesehen, aber so, daß sie naturaliter als fortbestehend behandelt wird; ein Fall, der bei den gegen das SC. Macedonianum gegebenen Darlehen eintritt. Man kann annehmen, daß auch bei denjenigen Schuldfoderungen, deren Klagbarkeit durch den dreißig- oder vierzigjährigen Verjährungsschutz aufgehoben ist, nur die civilis obligatio gelöst wird, während das natürliche Schuldverhältniß seine Fortdauer behält. Dafür sprechen zwei Gründe. 1) Es ist Grundsatz, daß die naturalis obligatio überhaupt nicht aufgehoben wird, wenn die exceptio weniger deswegen gegeben wird, weil ein Grund vorhanden ist, der die Verbindlichmachung als eine unvollkommene erscheinen läßt, als vielmehr

auf die Klagverjährung deuten, was freilich nicht nothwendig ist, (s. v. Savigny a. a. O. p. 395.) so würde damit die Unrichtigkeit auch der Mittelmeinung dargethan sein, die zum Theil an Donellus (Comm. XVI. c. 8. §. 21. 22. XXII. c. 2. §. 18.) anknüpfend, in neuerer Zeit namentlich von Unterholzner Schuldverh. I p. 528. II. 1., Demelius und Brinz vertreten, wenigstens bei der prätorischen Klagverjährung das vollständige Erlöschen der obligatio annimmt (vgl. auch Windscheid a. a. O. p. 40.) Dem inneren Grunde, auf den diese Ansicht sich stützt, haben wir (in Not. *) nach Anm. 743a) eine andere Anschauungsweise gegenübergestellt, die an sich nicht minder berechtigt erscheint, wie die der zuletzt gedachten Schriftsteller. Eines entscheidenden Beweises aus positiven Quellenzeugnissen entbehrt die letztere auch, wenn anders die oben versuchte Auslegung der L. 18. §. 1. D. de pec. const. vor der von Demelius a. a. O. p. 73. gegebenen den Vorzug verdient, oder doch neben ihr haltbar bleibt. Dawider ließe sich anführen L. 42. D. de cond. ind. Poenae non solent repeti, cum depensae sunt; ein Satz, den man unmöglich mit der in L. 46. D. de R. I. 50. 17. L. 74. D. de solut. 46. 3. enthaltenen Regel identificieren darf, und dem das solent wohl eine weitere Anwendbarkeit sichert, als die in den seltenen Fällen der L. un. §. 2. D. de leg. Iul. de amb. 48. 14. vgl. Anm. 733. Anders, wenn das geltend zu machende Recht, wie bei der restitutio in integrum, erst auf außerordentlichem Wege geschaffen werden muß. s. oben Not. *) nach Anm. 545. Brinz a. a. O. ist geneigt, auch die querela inofficiosi hierher zu stellen; jedenfalls ist von jener nicht ohne Weiteres auf diese zu schließen, da bei der letzteren das lieblose Testament als nichtig fingiert wird.

deswegen, weil der Gläubiger den Anspruch auf gerichtlichen Schutz, welchen die Klagbarkeit gewährt, gewissermaßen verwirkt hat[731]). Da nun die praescriptio XXX vel XL annorum offenbar von dem Gesichtspunkte ausgeht, daß es nicht mehr als billig sei, wenn derjenige, welcher so lange Zeit die Geltendmachung seiner Rechte vernächlässigt hat, sein Klagerecht, wenn anders die Foderung wirklich begründet ist, zur Strafe seiner Nachlässigkeit einbüßt (vgl. Th. 1. S. 92. Anm. 102.), so darf man nicht annehmen, daß durch diese praescriptio zugleich die natürliche Schuldverpflichtung aufgehoben werde. Auf ähnliche Weise bleibt ja auch der Schuldner, welcher durch ein Versehen des Gläubigers den Rechtsstreit gewonnen hat und losgesprochen worden ist, naturaliter verpflichtet[732]). 2) Es kann wenigstens seit der l. 7. §. 1. C. de pr. XXX vel XL ann. 7. 39. von K. Justinus) vorkommen, daß der persönliche Anspruch wegen einer Schuldfoderung binnen dreißig Jahren erlischt, während die dingliche Pfandklage noch zehn Jahre länger dauert. Wenn man nun nicht annehmen wollte, daß nach Aufhebung des persönlichen Anspruchs wenigstens noch die naturalis obligatio fortbestehe, so würde man seltsam genug ein Pfandrecht haben, dem gar kein Schuldverhältniß zum Grunde liegt, was den entschiedensten Rechtsgrundsätzen widerstreitet. Zwar meint v. Löhr (Arch. f. civ. Prax. B. 10. S. 83.), die Verordnung Justin's müsse erklärt werden mit Beziehung auf die Möglichkeit, daß eine Verjährung der dinglichen Pfand-

731) L. 40. D. de cond. ind. 12. 6. „. . . . Nam siquidem eius causa exceptio datur, cum quo agitur, solutum repetere potest, ut accidit in senatusconsulto de intercessionibus; ubi vero in odium eius, cui debetur, exceptio datur, perperam solutum non repetitur, veluti si filiusfamilias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, et paterfamilias factus solverit, non repetit.“ Vgl. l. 19. pr. D. ib. („Si poenae causa eius, cui debetur, debitor liberatus est, naturalis obligatio manet, et ideo solutum repeti non potest“) und l. 9. §. 4. D. de SC. Mac. 14. 6.

732) L. 60. pr. D. de cond. ind. 12. 6. „. . . . licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet.“ L. 8. §. 1. D. rat. rem hab. 46. 8. Vgl. l. 28. D. de cond. ind. 12. 6. Die Rechtskraft des Erkenntnisses ist nämlich hier wirksam, weil der saumselige Verfechter seines Rechts, wie billig, Schaden leidet (also in odium eius, cui debetur). — Uebrigens wird es nicht allgemein angenommen, daß im Römischen Rechte bei Ansprüchen, welche wegen schlechter Vertheidigung aberkannt worden sind, die naturalis obligatio bleibt. Vgl. A. D. Weber, v. d. natürl. Verbindl. §. 94.

klage beginnen könne, ohne daß in Ansehung der Schuldklage die Verjährung zu laufen anfängt. Nur in solchem Falle dauere die dingliche Pfandklage vierzig Jahre; so daß also immer vorausgesetzt werde, es sei nicht etwa schon die Schuldklage durch dreißigjährige Verjährung erloschen, denn wenn dieses der Fall wäre, so würde von einer wirksamen dinglichen Pfandklage ohnehin nicht weiter die Rede sein können. Beispiele sind zur Erläuterung dieser Ansicht nicht beigebracht, und es dürfte doch nicht eben so gar leicht sein, Fälle auszufinden, wo die dingliche Pfandklage der Verjährung unterliegt, während bei der Schluldklage selbst noch keine Verjährung eintreten kann. Auf jeden Fall bliebe es höchst unwahrscheinlich, daß der Kaiser für dergleichen seltene Fälle ein Gesetz zu geben für nöthig befunden haben sollte.

Gegen diese Gründe beruft man sich 1) auf l. 37. D. de fidei. 46. 1., wo es heißt „Si quis, postquam tempore transacto liberatus est, fideiussorem dederit, fideiussor non tenetur, quoniam erroris fideiussio nulla est." Diese Stelle spricht nun freilich auf keinen Fall von dem Schutze durch dreißig- und vierzigjährige Verjährung, welche zu der Zeit, als der Verfasser dieser Stelle (Paulus) lebte, noch gar nicht eingeführt war. Dennoch würde die Stelle Beweiskraft haben, wenn man annehmen dürfte, daß hier auf die Zeitbeschränkungen, welche durch das prätorische Edict für verschiedene aus demselben begründete Klagerechte festgesetzt waren, Rücksicht genommen sei. Dieses ist aber höchst unwahrscheinlich. Jene prätorischen Zeitbestimmungen beziehen sich größtentheils auf Ansprüche, welche aus einer unerlaubten Handlungsweise begründet sind, und eine Privatstrafe bezwecken. Gerade bei Ansprüchen dieser Art dürfen wir aber annehmen, daß die naturalis obligatio nach Ablauf der für die Klagbarkeit gesetzten Frist allemal noch fortdauert [733]). Dauert aber die natürliche Schuldverpflichtung fort,

733) L. 42. D. de cond. ind. 12. 6. „Poenae non solent repeti, cum depensae sunt." Dieses läßt auf eine naturalis obligatio schließen. Vgl. l. 10. D. de O. et A. 44. 7. — Uebrigens wäre dieses nicht der einzige Fall, wo der in der l. 42. cit. ausgesprochene Grundsatz zur Anwendung kommt. Ein paar andere Fälle hat Cuiacius, obs. VIII. 39. Daß der Grundsatz nicht auf unbedingte Gültigkeit Anspruch machen kann, liegt in der Natur der Sache, und ergiebt sich auch aus l. 23. §. ult. D. de cond. ind. [Diese Stelle gehört gar nicht hierher; sie läßt die condictio indebiti zu in Fällen,

so ist auch die in der l. 37. D. de fidei. ausgesprochene Unwirksamkeit der Verbürgung keineswegs anzunehmen. Warum wollen wir aber auch bei der angeführten l. 37. nicht vielmehr an einen Fall denken, wo die Schuldverpflichtung vertragsmäßig so gestellt war, daß sie nur für eine gewisse Zeit wirksam sein sollte? Eine solche Festsetzung hatte ganz natürlich die Wirkung, daß nach Ablauf der Zeit die Klage durch eine exceptio (pacti conventi oder doli mali) zurückgewiesen werden konnte (l. 44. D. de O. et A. 44. 7.); und da diese exceptio in der Verbindlichmachung selbst und nicht in einer angenommenen Unwürdigkeit des Gläubigers sich gründet, so ist es ganz in der Ordnung, daß nach Ablauf der Zeit nicht einmal eine naturalis obligatio bleibt. Eine ähnliche gleich natürliche Erklärung ergiebt sich, wenn man einen Fall voraussetzt, wo vertragsmäßige Schuldverpflichtungen schon nach gesetzlichen Bestimmungen, auch ohne daß es besonders verabredet war, nur eine Zeitlang dauerten. Ein Beispiel bietet die Verpflichtung des sponsor und fideipromissor dar, welche durch das Furische Gesetz auf zwei Jahre beschränkt war (Gai. III. 121.). Zwar will ich keineswegs behaupten, daß Paulus in der l. 37. cit. gerade auf diesen Fall Rücksicht genommen hatte, doch wäre es nicht undenkbar. Es müßte alsdann von der Gültigkeit einer nach zwei Jahren vorgenommenen Afterverbürgung die Rede gewesen sein[733a]). 2) Ein zweiter Gegengrund, der von der l. 18. §. 1. D. de const. pec. 13. 5. hergenommen ist, wird wohl auf dieselbe Weise zu beseitigen sein. Aus dieser Stelle geht nämlich hervor, daß ein constitutum unwirksam ist, wenn demselben eine temporalis actio zum Grunde liegt, deren Dauer zur Zeit des constitutum bereits beendigt ist (cuius dies exiit). Es kann hier wiederum nur an einen Anspruch gedacht wer-

---

wo das Gesetz alsbald die Strafe des Zwei- oder Vierfachen auf ein Delict gesetzt hat, im Gegensatz der actiones, quae infitiatione duplantur. Von Verjährung ist dabei nicht die Rede. Auf L. 35. D. cond. ind. 12. 6. L. 3. §. 14. D. de tab. exh. 43. 5. paßt der Ausdruck poena nicht, man müßte denn mit Voorda Emend. I. 6. einen unmittelbaren Zusammenhang der L. 42. D. cit. mit dem letzten Fragmente annehmen; dann wäre aber jene in einen unrichtigen Titel gestellt; auch ist nicht abzusehen, warum die Compilatoren sie in L. 3. §. 14. cit. gänzlich gestrichen haben sollten.]

733a) Auch in L. 71. §. 1. D. de sol. 46. 3. ist die Rede von einem tempus quo liberari fideiussor poterit.

den, der durch den Zeitablauf geradezu erlischt. 3) Einen dritten Gegengrund enthält l. 4. C. de pr. XXX vel XL ann. 7. 39., wo in Beziehung auf die vierzigjährige Verjährung gesagt ist „Nullumque ius privatum vel publicum in quacunque causa vel quacunque persona, quod praedictorum quadraginta annorum *exstinctum est* iugi silentio, moveatur.“ Allein so konnte unbedenklich gesagt werden, wenn auch die vierzigjährige Verjährung bloß eine Vernichtung der Klagbarkeit durch eine bleibende Einrede (perpetua exceptio) begründet [734]). 4) Der schon angeführte Aufsatz (Löhr's S. 75 fgg.) beruft sich überdieß auf die Art und Weise, wie die Kaiser sich ausdrücken, wenn sie von der dreißig- und vierzigjährigen Verjährung sprechen. Alle diese Ausdrücke sollen nämlich deutlich zeigen, daß es die Absicht sei, durch die Verjährung die Rechtsstreitigkeiten völlig zum Schweigen zu bringen. Allein da die gerichtlichen Entscheidungen ebenfalls die ganz entschiedene Absicht haben, die Rechtsstreitigkeiten zu beschwichtigen, und dennoch das Fortbestehen einer naturalis obligatio damit nicht unvereinbar erschien, so dürfte dieser Grund nicht entscheidend genug sein.

Eine Folge des Grundsatzes, daß bei der praescriptio XXX vel XL annorum, so wie bei den kurzen Klagefristen, welche nach prätorischem Rechte für so viele Büßungsansprüche gelten, die naturalis obligatio, der eingetretenen Verjährung ungeachtet, fortbesteht, ist nun zuvörderst, daß nach erfolgter Leistung keine Zurückfoderung (condictio indebiti) erfolgen kann. Ferner, daß Verbürgungen, Verpfändungen, Schulderneuerungen (novationes) und Festsetzungen über die Art und Weise der Schuldabtragung (constituta debiti) Gültigkeit haben, was bei völlig aufgehobenem Schuldverhältnisse nicht möglich wäre. Auch zeigt sich durchaus keine Zweckwidrigkeit, wenn man diese Folgen bei verjährten Schuldfoderungen eintreten läßt. Dagegen würde es unzweckmäßig sein, wenn man die verjährten Foderungen noch als brauchbar zur Gegenrechnung (compensatio) betrachten wollte; namentlich würde dieses die Absicht der dreißig- und vierzigjährigen Verjährung großentheils vernichten. Die ganz zufällig eingetretene Gelegenheit einer Gegenrechnung würde

734) Auch A. D. Weber (v. d. nat. Verbindl. §. 92.) behauptet, daß die Verjährung immer noch die naturalis obligatio fortbestehen lasse. Ihm folgt Glück Erl. d. Pand. Th. 15. S. 65.

Veranlassung geben, eine längst verjährte Foderung wieder in Anregung zu bringen, und nie könnte man im Vertrauen auf die bereits eingetretene Verjährung die für den Gegenbeweis zu gebrauchenden Beweismittel, z. B. Quittungen, zu vernichten wagen. In der That ist es auch gar nicht nöthig, den verjährten Schuldfoderungen die erwähnte Wirkung zuzugestehen. Zwar heißt es in der l. 6. D. de compens. 16. 2. ganz allgemein „Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.“ Aber eben so allgemein heißt es in der l. 14. D. ib. „Quaecunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt.“ Wenn man nun, wie es die Natur der Sache fodert, den ersten Satz durch den letzten beschränkt, und nicht umgekehrt den letzten durch den ersten, so wird die Schwierigkeit, welche mit der Annahme einer naturalis obligatio bei verjährten Foderungen verbunden zu sein scheint, gänzlich vermieden [735]).

§. 259.

In Beziehung auf die Wirksamkeit der bei den Schuldfoderungen eintretenden aufhebenden Verjährung muß noch bemerkt werden, daß die persönlichen Begünstigungen, welche das Römische Recht rücksichtlich der Verjährung anerkennt, nicht unbeachtet bleiben dürfen (vgl. Th. 1. §. 32.). Demzufolge findet 1) bei den Foderungen des Staatsschatzes keine dreißigjährige, sondern nur eine vierzigjährige Verjährung Statt. Die weniger als einen dreißigjährigen Zeitablauf erfodernden Verjährungen sind aber keinesweges ausgeschlossen. 2) Bei Foderungen der Kirchen und milden Stiftungen genügt ebenfalls keine dreißigjährige, sondern eine vierzigjährige (und bei der Römischen Kirche sogar eine hundertjährige) Verjährung. Daß

---

735) Weber und Glück (vgl. d. vor. Anm.) nehmen an, daß eine verjährte Schuldfoderung auch noch zur Gegenrechnung gebraucht werden könne (vgl. auch Weber Beitr. z. d. Lehre v. d. gerichtl. Klag. u. Einr. S. 66—72.). J. F. J. Sommer (rechtswissensch. Abhdlg. Gießen 1818. 8. S. 6 fgg. findet dagegen diese Ansicht höchst verwerflich und mit dem Zwecke der Verjährung unvereinbar. Ich glaube, daß er darin ganz Recht hat; aber er geht zu weit, wenn er läugnet, daß überhaupt die Verjährung eine naturalis obligatio übrig lasse. [Das umgekehrte Verhältniß der beiden Stellen nimmt an v. Savigny a. a. O. p. 404. Not. o.]

die Verjährungen, welche nach besonderen rechtlichen Bestimmungen in kürzeren Zeiträumen vollendet werden, ausgeschlossen sein sollen, läßt sich nicht behaupten (vgl. Th. 1. §. 41.). 3) Gegen Minderjährige läuft keine Verjährung, mit Ausnahme der dreißigjährigen, und auch diese fällt für die Dauer der Unmündigkeit hinweg (vgl. Th. 1. §. 35.). 4) Gegen Kinder in väterlicher Gewalt kann keine Verjährung der Schuldansprüche Statt finden, so lange die väterliche Gewalt dauert, vorausgesetzt, daß von Schuldansprüchen die Rede ist, welche zu dem in väterlicher Verwaltung stehenden Vermögen der Kinder gehören (vgl. Th. 1. §. 34.).

b. Erfodernisse.

§. 260.

Die Dauer der Verjährungszeit ist für die Schuldfoderungen in der Regel dreißig oder vierzig Jahre. Längere oder kürzere Verjährungszeiten sind als Ausnahme zu betrachten, und diese können erst bei den besonderen Untersuchungen bemerklich gemacht werden. Ob dreißig Jahre genügen, oder vierzig Jahre erfodert werden, ist nach den allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden; so daß gegen den öffentlichen Schatz und gegen Kirchen nur eine vierzigjährige Verjährung angeführt werden kann, wobei noch bemerkt werden muß, daß Schuldfoderungen, welche an den Staatsschatz abgetreten werden oder sonst auf ihn übergegangen sind, des dem Staatsschatze in Ansehung der Verjährung verliehenen Vorzugsrechtes nicht eher genießen, als bis die Eintragung in das Verzeichniß der Staatsschuldner erfolgt ist (ex quo inter nomina debitorum relatum nomen est, l. 6. pr. D. de I. F. 49. 14.).

Der Anfang der Verjährung tritt nicht eher ein, als bis die rechtliche Möglichkeit einer gerichtlichen Klage vorhanden ist *). Hindernisse, die nicht rechtlicher Art sind, stehen dagegen

*) Vgl. Thon Gieß. Zeitschr. Bd. VIII. p. 1—57. Kierulff Theorie d. gem. Civ.-R. Bd. I. Alton. 1839. p. 192 ff. v. Savigny Syst. Bd. V. §. 239—241. Sintenis Civ.-R. Bd. I. p. 290 ff. Lenz Studien u. Kritiken im Gebiete d. Preuß., Röm. u. Deutsch. R. Grfsw. 1847. Nro. VI. p. 233 ff. v. Vangerow Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 33. p. 292—314. Pand. Bd. I. §. 147. Anm. Windscheid Die actio d. Röm. Civ.-R. p. 41 ff. Brackenhöft Arch. f. pract. R.-W. Bd. IV. p. 76—101. Demelius Unters. p. 111—206.

der Verjährung auf keinerlei Weise im Wege, wenn nicht die Art der Zeitberechnung (weil die Verjährungszeit tempus utile ist) dieses mit sich bringt (vgl. Th. 1. §. 88.)[736]. Es muß

736) Wenn einem zu einer Verlassenschaft gehörigen Sklaven Bürgschaft geleistet worden ist, so läuft nach der Meinung des Javolenus die Frist, an welche die Bürgschaft geknüpft ist, sogleich („continuo dies satisdationis cedere incipiet," l. 4. D. de div. temp. pr. 44. 3.), und ohne daß erst die Erbschaftsantretung erfolgt zu sein braucht. Da der Erbschaft, so lange sie noch nicht angetreten ist (hereditas iacens), Persönlichkeit beigelegt wird, so ist auch in der That das Recht sofort als begründet anzusehen, obgleich eine Klage gegen den Bürgen nicht denkbar ist, ehe die Erbschaft angetreten wird. Wäre die Frist ein tempus utile, so würde demungeachtet der Lauf derselben nicht anfangen können; da aber dieses nicht der Fall ist, so ist die Ansicht des Javolenus begreiflich. Inzwischen sehen wir aus l. 25. D. de stip. serv. 45. 3. ⊕ vgl. L. 73. §. 1. D. de V. O. 45. 1.⊕, daß Cassius anderer Meinung war, ohne Zweifel aus einer besonderen Billigkeitsrücksicht, welche aber nicht allgemeinen Eingang gefunden hat. (Vgl. Ant. Fabri coniect. IV. 3.) Cuiacius (obs. XVI. 38.) hat einen Vereinigungsversuch. Nach seiner Meinung spricht Javolenus von einer Frist, welche der Bürge vertragsmäßig seiner Verbindlichkeit gesetzt hat, Cassius dagegen soll an eine dem Kläger zur Anstellung seiner Klage vorgeschriebene Verjährungszeit gedacht haben. Allein die durch das Furische Gesetz (vgl. Gai. III. 21.) der Verbindlichkeit des sponsor und fidepromissor gesetzte Frist, auf welche in den angeführten Stellen wahrscheinlich Rücksicht genommen ist (denn die Erwähnung des fideiussor in der l. 25. cit. kann Aenderung sein, weil in den Digesten von sponsores und fidepromissores überhaupt nicht mehr die Rede sein sollte), ist offenbar nicht eine zur Strafe des säumigen Klägers eingeführte Frist, sondern eine die Verbindlichkeit des Verklagten an sich treffende Beschränkung; von ihr müßte daher auf jeden Fall alles gelten, was bei den vertragsmäßig auf eine Zeit gestellten Verbürgungen gilt. An eine anderweitige Verjährung ist aber in einer Zeit, wo die praescriptio XXX vel XL annorum noch nicht galt, bei Bürgschaften gewiß nicht zu denken. Somit würde die Unterscheidung des Cuiacius (die ich übrigens gar nicht als richtig zugeben möchte) auf keinen Fall ausreichen. [Darin, daß hierin eine Antinomie vorliege, stimmen die meisten unserer neueren Juristen überein; vgl. Hase Das ius postlim. u. d. fict. leg. Corn. p. 116 ff. Huschke Gaius p. 85. Die Frage ist nur, welche von beiden Meinungen vorzuziehen sei; unzulässig erscheint es, den Entscheidungsgrund aus der Natur der vom Erbschaftssklaven eingegangenen Stipulation als einer bedingten zu entnehmen, wie Hase thut, s. dag. Schirmer De III reg. iur. in her. iac. obs. p. 29. Darum ist auch der Vereinigungsversuch von Mühlenbruch Comm. Bd. 43. p. 60. selbst für das Justinianische Recht zu verwerfen. Die Analogie der L. 9. C. de postlim. 8. 51. kann man nicht für zutreffend erachten, weil der Erwerb der Stipulation sofort mit deren Abschluß definitiv für die hereditas iacens erfolgt; anders bei dem Erwerbe einer Erbschaft, die dem in Gefangen-

alſo, damit die Verjährung anfangen könne, die Schuldfoderung vollſtändig begründet und zugleich fällig ſein [737]). Bei den bedingten oder auf eine Friſt geſtellten Schuldfoderungen muß das Eintreten der Bedingung oder der Friſt abgewartet werden. In anderen Fällen liegt es in der Natur der Sache, daß die Klagbarkeit erſt unter gewiſſen Umſtänden nach einer gewiſſen Zeit eintritt. So wird z. B. pro socio nicht eher geklagt werden können, als bis entweder die geſellſchaftliche Verbindung ſich aufgelöſt hat, oder bis doch wenigſtens die Zeit gekommen iſt, wo der Verabredung gemäß eine Abrechnung oder Auszahlung Statt finden ſollte. Auf ähnliche Weiſe hängt das Zurückfoderungsrecht des Heirathguts ſchon der Natur der Sache nach von der Auflöſung der Ehe ab. Alle dieſe Umſtände werden alſo auf den Anfang der Verjährung Einfluß äußern müſſen. Nur gehe man hier nicht zu weit. So hat man z. B. ſchon behauptet, daß bei doppelſeitigen Schuldver-

---

ſchaft befindlichen suus heres anfällt. Uns dünkt die von Huſchke gegebene Erklärung für das Entſtehen der ſich hier zeigenden Meinungsdifferenz völlig befriedigend. Wenn Demelius a. a. O. p. 58 ff. L. 4. D. cit. auf eine nur für beſtimmte Zeit ausgeſetzte proceſſualiſche Caution beziehen will, ſo liegt in den Worten „intueri debemus an experiundi potestas fuerit adversus eum" doch nichts Anderes als in denen der L. 25. D. cit. „tempus ex eo computandum, ex quo agi cum iis potuerit," an denen Demelius keinen Anſtoß nimmt, alſo kein zwingender Grund für eine ſolche Deutung, wohl aber etwas Auffallendes in der Beſtellung einer Proceßcaution für einen Sklaven. Endlich wird auch der Widerſpruch damit nicht beſeitigt; denn woher dieſer Unterſchied zwiſchen einer vertragsmäßig und einer geſetzlich auf gewiſſe Friſt beſchränkten Obligation?]

737) L. 7. §. 4. C. de praescript. XXX vel XL ann. 7. 39. „Illud autem plus quam manifestum est, quod in omnibus contractibus, in quibus sub aliqua condicione, vel sub die certa vel incerta, stipulationes et promissiones vel pacta ponuntur, post condicionis exitum vel post institutae diei certae vel incertae lapsum praescriptionis XXX vel XL annorum, quae personalibus vel hypothecariis actionibus opponuntur, initium accipiunt. Unde evenit, ut in matrimoniis, in quibus redhibitio dotis vel ante nuptias donationis in diem incertum mortis vel repudii differri assolet, post coniugii dissolutionem earundem curricula praescriptionum personalibus itidem actionibus vel hypothecariis opponendarum initium accipiant." [Vgl. L. un. §. 1. C. Th. de act. cert. temp. fin. 4. 14. verb. „ex quo competere iure coeperunt," .... L. 1. §. 1. C. de ann. exc. 7. 40. verb. „ex quo ab initio competit, et semel nata est," .... L. 30. C. de iur. dot. 5. 30. „ex quo possint actiones movere" .... Seuffert Arch. V. 272. VI. 325.]

pflichtungen die Verjährung nicht eher anfangen könne, als bis man sich seinerseits zur Leistung erboten hat, weil auch nicht eher mit Wirksamkeit geklagt werden könne*). Allein dann würden ja ganz gegen den Zweck der Verjährungsgesetze noch nach unendlich langer Zeit Verträge in Anregung gebracht werden können. Und, was noch sonderbarer ist, der, welcher sich erboten hatte, seine Gegenleistung zu erfüllen, würde sich dadurch seinerseits der Verjährung aussetzen, während der Gegentheil sein Recht ohne alle Schmälerung behielte. Weit natürlicher ist es, wenn man bei einem Vertrage, der seiner Absicht nach sofort erfüllt werden soll, auch sogleich die Verjährung gegen die daraus entspringenden Ansprüche laufen läßt. Ueberhaupt bin ich der Meinung, daß man den Satz aufstellen muß: ein Anspruch, dessen Klagbarkeit noch von thatsächlichen Voraussetzungen abhängt, unterliegt dennoch sofort der Verjährung, wenn das Eintreten jener Voraussetzungen gänzlich in der Gewalt des Berechtigten steht[738]). Der Beweis dafür

*) So Thibaut Pand. I. §. 206. zu Not. o. s. jedoch Thon a. a. O. p. 3. Anm. Nro. 2. Kierulff a. a. O. p. 193. 197. v. Savigny a. a. O. V. p. 289. v. Vangerow Pand. I. p. 253. Eine entgegenstehende exceptio non adimpleti contractus schiebt eben die Wirksamkeit der Klage keineswegs mit Nothwendigkeit hinaus. Die Regel ist hier nämlich die, daß jedes sofort klagbare Recht auch ohne Weiteres der Verjährung unterliegt. s. d. folg. Anm. —

738) Neuere Schriftsteller setzen in dieser Hinsicht die freilich nicht in gutem Latein ausgedrückte Regel fest toties praescribi actioni nondum natae, quoties nativitas sit in potestate creditoris. [Vgl. des Verf. Schuldverh. Bd. I. p. 533. zu Not. i. Gegen die hier aufgestellte Regel haben sich unsere Juristen seit dem Angriffe von Thon a. a. O. p. 2 ff. einstimmig erklärt. L. 161. D. de R. I. 50. 17., worauf der Verf. sich beruft, beweist schon deshalb nicht für dieselbe, weil dort derjenige den Eintritt der Bedingung hindert, der an ihrem Ausfall ein Interesse hat, was hier gerade umgekehrt ist. vgl. Thon a. a. O. p. 11 ff. v. Vangerow Pand. I. p. 249. Dawider entscheidet theils eine Anzahl einzelner Anwendungen, in denen von jenem Canon kein Gebrauch gemacht wird, so L. 9. §. 3. D. de pign. act. 13. 7. L. 7. §. 4. C. de pr. 30 v. 40 ann. 7. 39. L. 30. C. de iur. dot. 5. 12. (die Distinction von Unterholzner a. a. O. p. 534. erledigt sich abgesehen von ihrer Unbestimmtheit durch die Bemerkung Thon's a. a. O. p. 15., daß jedenfalls von der Existenz des Scheidungsgrundes nach jenem Principe zu rechnen gewesen wäre, und die Hinweisung v. Savigny's a. a. O. p. 283. auf das ältere Recht, wonach die Frau auch ohne Grund die Scheidung aussprechen konnte) theils der Umstand, daß als Anfangspunkt der Verjährung unsere Quellen

ist in der Natur der Sache d. h. in dem Zwecke der Verjährungsgesetze zu suchen.

Mehrere hieher gehörige Fragen verdienen noch eine besondere Untersuchung. 1) Bei Schuldfoderungen, die erst in Folge einer Kündigung fällig werden, möchte es scheinen, daß die Verjährung niemals eher anfangen könne, als bis die Kündigung gehörig erfolgt und die Kündigungsfrist abgelaufen ist. Dieses dürfte aber doch eine Einschränkung erleiden müssen, wenn es völlig in der Gewalt des Gläubigers stand, die Kündigung vorzunehmen. Insoferne dieses der Fall ist, fällt für ihn das rechtliche Hinderniß in der That weg*). Es wird

---

überall (s. Anm. 737.) den Augenblick der actio nata nennen. Dennoch liegt in dem Irrthume des Verf. ein wahres Moment. Indem man nämlich von der Voraussetzung ausgieng, daß zur Entstehung eines Klagrechtes eine Rechtsverletzung gehöre, und doch eine solche, wo der juristische Tact dazu drängte, die Verjährung beginnen zu lassen, häufig nicht zu erblicken war, half man sich durch jene Regel über diesen Widerspruch hinweg. vgl. Windscheid a. a. O. p. 45. zu Not. 19. Mit Recht ist aber die gedachte Voraussetzung neuerdings angefochten worden. s. Thon a. a. O. p. 36 ff. Lenz a. a. O. p. 239 ff. v. Vangerow Arch. p. 295 ff. Windscheid a. a. O. p. 42. Not. 11., wobei wir die Beweiskraft der einzelnen dagegen citierten Quellenzeugnisse L. 94. §. 1. D. de solut. 46. 3. L. 18. D. de fidei. 46. 1. L. 1. §. 22. D. de pos. 16. 3. L. 21. §. 1. D. de pec. const. 13. 5. §. 2. I. de V. O. 3. 15. nicht einmal zu hoch anschlagen wollen vgl. Demelius a. a. O. p. 173 ff. Mehr Gewicht hat schon L. 8. §. 7. D. de prec. 43. 26. vgl. Thon a. a. O. p. 53. Schmidt Interd.verf. p. 123. Die Vertheidiger des Satzes, daß nur in Folge einer Verletzung die Klage zuständig werde, (vgl. bes. v. Savigny a. a. O. §. 205.) übersehen aber namentlich, daß wenn gleich eine Verurtheilung des Beklagten ohne das nicht denkbar ist, man doch, indem man das Gericht zur Realisierung einer Forderung aufruft, höchstens die Befürchtung ausspricht, der Gegner werde nicht freiwillig leisten. Ganz verfehlt ist die Behauptung von Demelius a. a. O. p. 146 ff., daß in der That eine Rechtsverletzung vorliege, sobald eine Leistung ausbleibe, die der Berechtigte jeden Augenblick fordern kann, also z. B. der Darleiher, der sein Geld einfach hingegeben, ohne etwas Näheres zu verabreden. Hier benutzt der Empfänger dasselbe ja mit dem Willen des Gläubigers und volenti non fit iniuria.]

*) Man muß unterscheiden zwischen Darlehen, denn an diese denkt der Verf. doch wohl zumeist, die auf eine bestimmte Frist nach Kündigung, und denen, die einfach „nach Kündigung" zurückgezahlt werden sollen. Im ersteren Falle ist die actio betagt, kann also nach Inhalt der L. 7. §. 4. C. de pr. 30 v. 40 ann. 7. 39. vor Eintritt des Termins nicht zu verjähren anfangen, im letzteren kommt es auf die concreten Verhältnisse an, ob diese Clausel als admonitio im Sinne der L. 48. D. de V. O. 45. 1., oder als Hinzufügung

also von dem Tage an, wo zuerst die Kündigung möglich war, sofort die Kündigungsfrist gerechnet werden können, und mit dem Ablaufe dieser Frist wird alsdann sogleich die Verjährung eintreten (vgl. I. A. Th. Kind, quaest. forens. ed. 2. Tom. III. cap. 35.). 2) Was die Foderungen betrifft, welche nicht auf einmal, sondern allmählig begründet oder fällig werden, so ist es zwar in der Regel ganz richtig, daß diese auch gar nicht im Ganzen, sondern nur, so wie sie fällig werden, der Verjährung unterliegen[739]; es scheint mir aber doch ganz in der Natur der Sache zu liegen, daß man sich dieses mit einer gewissen Beschränkung denke. Wenn nämlich die einzelne fällig gewordene Leistung verweigert wird, weil der Schuldner seine Verpflichtung überhaupt nicht anerkennen will, [und regelmäßig enthält eben schon das Ausbleiben der ersteren eine Verletzung der Hauptverbindlichkeit] so ist es natürlich, daß der Gläubiger nun ein für allemal durch eine Klage nach Art einer praeiudicialis actio[740]) seinen Anspruch verfechte. Wenn er dieses unterläßt, so muß eine Verjährung begründet werden, durch welche nicht bloß die einzelne bereits fällige Fristzahlung, sondern die ganze Foderung aufgehoben wird. Eine solche im Ganzen aufhebende Verjährung setzt aber immer voraus, daß

---

eines dies, auch wohl einer condicio aufzufassen ist. vgl. Demelius a. a. O. p. 178 ff. s. indessen auch Thon a. a. O. p. 55. v. Vangerow Arch. p. 312. Pand. I. p. 254. Lenz a. a. O. p. 257 ff. v. Savigny p. 295.

739) L. 7. §. ult. C. de pr. XXX vel XL ann. 7. 39. „In his etiam promissionibus vel legatis vel aliis obligationibus, quae dationem per singulos annos vel menses aut aliquod singulare tempus continent, tempora memoratarum praescriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cuiusque anni vel mensis vel alterius singularis temporis computari manifestum est.“ [vgl. hierzu v. Savigny a. a. O. p. 305 ff. Demelius p. 199 ff. Seuffert Arch. I. 156. III. 138. VI. 4. IX. 117.]

740) Daß praeiudiciales actiones nicht bloß in Beziehung auf das Personenrecht vorkommen können, sieht man aus Gaius (IV. 44.), wo eine praeiudicialis formula „quanta dos sit“ erwähnt ist. [Uebereinstimmend v. Savigny a. a. O. p. 312. Mit Recht macht indessen Demelius a. a. O. p. 200 ff. darauf aufmerksam, daß die den einzelnen Prästationen zu Grunde liegende Verpflichtung oft nicht ihren Ausdruck in einer besonderen Klage empfange, und deshalb auch bloß die Klagen auf die einzelnen Leistungen der Verjährung unterworfen sind. vgl. L. 46. §. 9. C. de episc. et cler. 1. 3.]

die Verbindlichkeit im Ganzen von dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend in Abrede gestellt worden sei [741]).

Noch muß die Frage berührt werden, ob von Seiten desjenigen, der durch Verjährung seiner Schuldverpflichtung entledigt werden soll, eine Art von Redlichkeit (bona fides) gefodert werden könne. Sie findet in den früher aufgestellten allgemeinen Grundsätzen ihre Erledigung (vgl. Th. 1. §. 92.). Diesen gemäß müssen wir in der Regel jede Rücksicht auf Redlichkeit gänzlich läugnen. Wenn jedoch die Schuldverpflichtung auf Ablieferung der einem Andern gehörigen Sache gerichtet ist, so kann mit Rücksicht auf die Bestimmungen des kirchlichen Rechts allerdings behauptet werden, daß dem Inhaber der fremden Sache seine Verpflichtung unbekannt gewesen sein müsse, wenn es ihm erlaubt sein soll, sich auf Verjährung zu berufen.

Diesen Grundsätzen gemäß wird der Pfandgläubiger selbst sich nicht auf die Verjährung berufen können, auch wenn er mit einer persönlichen Klage auf die Herausgabe der verpfändeten Sache belangt wird; aber bei seinem Erben wird sich das Verhältniß in der Regel geändert haben.

c. Unterbrechung der Verjährung.

§. 262.

Rücksichtlich der Unterbrechung gelten zunächst die allgemeinen Grundsätze. Die Unterbrechung erfolgt also durch die

---

741) Aus l. 14. (ult.) C. de fund. patrim. 11. 61. sieht man wenigstens, daß ein dem öffentlichen Schatze zinsbares Grundstück zinsfrei werden konnte, „si (possessores) per quadraginta annos ademti canonis beneficium iugiter possederunt.“ Was dazu erfodert werde, ist freilich nicht näher bestimmt, so daß wir wieder auf die Natur der Sache verwiesen sind. Aber man sieht doch, daß eine Aufhebung solcher Gefälle durch Verjährung dem Römischen Rechte nicht fremd ist. Daß nach l. 46. §. 9. C. de episc. et cler. 1. 3. jährliche Gefälle (annui reditus), welche den Kirchen und milden Stiftungen zugewendet worden sind, nach dem Tode des Stifters nicht durch Verjährung erlöschen können, muß als etwas Besonderes betrachtet werden, und hängt damit zusammen, daß auch jeder mit den Erben abzuschließende Aufhebungsvertrag für ungültig erklärt ist (damit nicht „nomen et memoria defuncti“ in Vergessenheit gerathe). Die einzelnen fällig gewordenen Leistungen werden auch bei solchen Gestiften ohne Bedenken einer (vierzigjährigen) Verjährung

gerichtliche Verfolgung des Anspruchs und zwar durch die Einlassung auf die Klage (litis contestatio), obgleich mit einer bis auf die Zeit der angestellten Klage zurückwirkenden Kraft (vgl. Th. 1. §. 124. 125.). In besonderen Fällen kann auch eine in der gehörigen Form eingelegte Verwahrung (vgl. Th. 1. §. 129.) die Wirkung einer Unterbrechung haben. Insbesondere erfolgt eine Unterbrechung, wenn im Laufe der Verjährung eine Anerkennung der Verbindlichkeit von Seiten des Schuldners Statt gefunden hat*), namentlich durch Ausstellung eines neuen Schuldscheins (l. 7. §. 5. C. de pr. XXX vel XL ann. 7. 39.), durch Eingehung eines constitutum (l. 18. §. 1. D. de pec. const. 13. 5.), durch Leistung einer Abschlagszahlung (l. 5. C. de duob. reis 8. 40.)[742]), durch Abtragung der Zinsen (vgl. l. 19. C. de fide instrum. 4. 21.), durch Bestellung eines Pfandes oder durch Ablieferung eines früher bestellten[743]), u. d. gl. Daraus folgt denn auch, daß die Verjährung einer verzinslichen Schuld eigentlich gar nicht anfängt, so lange die Zinsen gezahlt werden (l. 8. §. 4. C. de pr. XXX vel XL ann. 7. 39.)**). Auf keinen Fall kann aber durch eine ohne Umwandlung des Schuldverhältnisses bewirkte Uebertragung (cessio) des Anspruchs an und für sich schon eine Unterbrechung der Verjährung bewirkt werden (vgl. Mühlenbruch, Cession der Foderungsrechte, Aufl. 3. S. 600.), obgleich nicht zu übersehen ist, daß gewöhnlich eine solche Uebertragung mit einer Anerkennung der

---

unterworfen sein. — Uebrigens stritt man sich schon zur Zeit der Glossatoren über die Verjährbarkeit solcher Foderungen im Ganzen. [Vgl. Haenel Diss. Dom. vet. coll. §. 10. Roger. §. 59. Hugol. §. 326.]

*) Vgl. des Verf. Schuldverh. §. 249. Not. q. Seuffert Arch. X. 223.

742) Natürlich muß die Zahlung eine Abschlagszahlung genannt sein.

743) L. 7. §. 5. C. cit. „Immo et illud procul dubio est, quod, si quis eorum, quibus aliquid debetur, res sibi suppositas sine violentia tenuerit, per hanc detentionem interruptio fit praeteriti temporis .... cum litis contestationem imitatur ea detentio ....“

**) Streit ist hier, ob die Verjährung der Hauptklage von der ersten ausgebliebenen, (so Savigny a. a. O. p. 306 ff.) oder der letzten geschehenen Zinszahlung an zu rechnen sei (so Demelius a. a. O. p. 170 ff. vgl. Bl. f. R.-A. V. 46.). Für die letztere Alternative entscheidet das in Anm. 738. entwickelte Princip, wonach zum Beginne der Klagenverjährung eine Verletzung des klägerischen Rechtes nicht gefordert wird; die Praxis hat indessen zum Theil die Savignysche Ansicht angenommen. Seuffert Arch. I. 312. IV. 201. VI. 3.

Schuld von Seiten des Verpflichteten verbunden sein wird*). Wenn eine Schuldgenossenschaft (sogenannte Correalität) Statt findet, so ist es nach einer ausdrücklichen Bestimmung Justinian's hinlänglich, wenn die Anerkennung oder die als Anerkennung zu betrachtende Handlung auch nur von Seiten eines Einzigen unter den mehreren Schuldnern erfolgt ist, oder wenn umgekehrt nur gegen den einen der mehreren Gläubiger die Anerkennung Statt gefunden hat (l. 5. C. cit.). Eben so ist es, wenn die Unterbrechung auf andere Weise, namentlich durch gerichtliche Verfolgung des Schuldanspruchs bewirkt worden ist. Sehr gewöhnlich ist die Ansicht, daß die Verjährung unterbrochen werde, wenn auch nur außergerichtlich gemahnt worden ist (durch s. g. interpellatio extraiudicialis), obgleich sie mit nichts erwiesen werden kann[743a]). Höpfner (Comm. §. 398.) begnügt sich, die Unterbrechung in dem Falle zu behaupten, wenn der Mahnende dem Besitzer Gründe vorlegt, „die ihn in malam fidem bringen." Auch in dieser Beschränkung darf man die Behauptung nicht zugeben, weil bei der Verjährung der Schuldfoderungen in der Regel auf die Redlichkeit des Schuldners keine Rücksicht zu nehmen ist (vgl. §. 261.). ⸭Keine Unterbrechung tritt ferner ein durch Erbfolge, oder wenn ein neuer Gläubiger nach Art der Erbfolge z. B. auf Grund des Sc. Trebellianum nachrückt L. 70. §. 2. D. ad Sc. Treb. 36. 1.⸭

2. Verjährung bei den durch Verträge und nach Art der Verträge (quasi ex contractu) begründeten Schuldverhältnissen.

a. Verjährung bei denjenigen Schuldverhältnissen, die aus dem ius civile entspringen.

§. 263.

Bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen (obligationes, quae ex contractu nascuntur) und bei solchen, die diesen zu verglei-

---

*) Ueber den Fall, wo der nachmalige Besitzer der von seinem Vorgänger verpfändeten Sache die Zinsen zahlt s. Seuffert Arch. I. 158.

743a) Vgl. Gottschalk Sel. discept. forens. cap. II. 35. ed. 2. p. 423 sqq. [v. Savigny Syst. Bd. V. p. 315 f. Puchta Vorl. Bd. I. §. 90. p. 191. Seuffert Pand. R. §. 29. A. M. Mühlenbruch Pand. II. §. 481.]

chen sind (obligationes, quae quasi ex contractu nascuntur), ist fast ohne Ausnahme keine besondere Verjährungszeit festgesetzt, so daß die aus solchen Schuldverhältnissen entspringenden Klagerechte ursprünglich als unverjährbar (actiones perpetuae) gelten, und also bloß der durch die neueren kaiserlichen Verordnungen eingeführten dreißigjährigen Verjährung unterliegen (vgl. Th. 1. §. 18.), an deren Stelle manchmal eine vierzigjährige tritt. Dieses gilt nun insbesondere von denjenigen Schuldklagen, welche aus dem eigentlichen ius civile entspringen; und zwar in einer solchen Allgemeinheit, daß nur wenige Ausnahmefälle zu bemerken sind, in welchen zum Theil eine kürzere, zum Theil eine längere Verjährungszeit zur Anwendung kommt. 1) Nach einem Furischen Gesetze (dessen Zeit nicht genauer zu bestimmen ist) werden die sponsores und fidepromissores durch den Ablauf von zwei Jahren ihrer bürgschaftlichen Verpflichtung entledigt*) (Gai. III. 121.), während die Verpflichtung der fideiussores nicht an eine besondere Zeit gebunden ist (Gai. III. 122.). Doch hat das Furische Gesetz immer nur in Italien

*) Daß dieser Fall keine Klagverjährung sei, darüber ist man allgemein einverstanden s. v. Savigny Syst. Bd. IV. p. 300 ff. Keller Civ.-Proc. §. 93. Not. 1146. Puchta Inst. §. 208. „... dieser Untergang trifft nicht zunächst die Klage, obwohl diese natürlich mit dem Rechte folgeweise untergeht ..." Ungerechtfertigt will es uns dagegen erscheinen, wenn der Letztere weiter hinzufügt „Jener Erfolg wird zwar durch die Nichtanstellung der Klage während jener Zeit vermittelt, da ihre zeitige Anstellung den Verlust verhüten würde, aber diese Versäumniß ist nicht die positive Ursache des Erfolgs, der wahre Grund des Verlustes liegt auf der Seite des Gegners." s. dag. Bd. I. Anm. 46. Andererseits können wir aber auch der von Demelius Unters. p. 10—14. dawider erhobenen Einwendung nicht schon beistimmen, als ob der Gegensatz, in welchen die gesammten Schriftsteller die Verjährung der Bürgschaftsobligation zu der der prätorischen Annalklagen stellen, deshalb unhaltbar sei, weil bei den letzteren gleichfalls durch Ablauf des Jahres das Recht erlösche, indem dieß einzig auf der prätorischen Klage beruhe, und mit deren Denegation einfach in Wegfall komme. Diese Anschauung ist richtig für die älteste Gestalt der Interdicte (vgl. Schirmer Iudicialstip. p. 37 ff.), erscheint jedoch nicht mehr anwendbar, seit in der Form der prätorischen actio sich schon der Gedanke ausspricht, daß es sich hier nur um die Durchführung eines materiellen prätorischen Rechtssatzes handle; wie denn auch Schmidt Interdictenverf. p. 117. für die spätere Zeit eine „wahre Verjährung" der Interdicte ausdrücklich anerkennt, ohne dabei auf irgend eine Abweichung von der gewöhnlichen Klagenverjährung hinzuweisen, die nicht mit den Unterschieden in der äußeren Anordnung des Verfahrens zusammenhienge. vgl. §. 258. Not. *).

und nicht in den Provinzen gegolten (Gai. III. 123.), und im Justinianischen Rechte ist gar nicht weiter davon die Rede [743b]), so wie überhaupt das besondere Recht der fidepromissores und sponsores verschwunden ist [744]). 2) Wenn ein städtischer Verwaltungsbeamter wegen einer bereits als richtig anerkannten Rechnung von neuem angefochten wird, so kann er sich durch zwanzigjährige (sein Erbe durch zehnjährige) Verjährung schützen [745]). ⁜Eine Ausdehnung auf andere Rechnungsführer z. B. auf Vormünder ist zwar bei den Neueren sehr gewöhnlich (vgl. z. B. Glück Erl. d. Pand. Bd. 32. p. 206.), aber im Widerspruche mit dem Grundsatze, daß man Abweichungen von der Regel nicht ausdehnen dürfe. Daß eine solche Erweiterung bereits bei den Römern galt, ist zwar möglich, vielleicht wahrscheinlich, aber nicht erweislich.⁜ 3) Die persönliche Klage, mit welcher die Bestellung eines Nießbrauchs in Anspruch genommen wird, unterliegt derselben Verjährungszeit, welcher das dingliche Nießbrauchsrecht unterworfen ist, also einer zehn= oder zwanzigjährigen Verjährung, je nachdem die Personen, zwischen welchen die Verjährung wirksam werden soll, in derselben oder in einer andern Provinz angesessen sind [746]). 4) Die dem Ver=

743b) Einzelne Spuren davon sind freilich geblieben vgl. Anm. 736.

744) Eine etwas räthselhafte Erwähnung der zweijährigen Verjährungszeit kommt in der von Cuiacius (obs. XIX. 34.) aus den Basiliken (lib. 26. tit. 1. l. 93.) wiederhergestellten l. 29. C. de fidei. 8. 41. vor. „Si quis fideiusserit in usuras, non in biennium tantum, sed in tantum temporis, in quantum cavit, tenetur. Quanto igitur voluerit tempore fideiussor in usuras se obliget, modo ne supra duplum teneatur.“

745) L. 13. §. 1. D. de div. temp. praescr. 44. 3. „Reipublicae rationes subscriptae et expunctae adversus eum quidem, qui administravit, ultra viginti, [cf. Plin. ep. X. 110. 111.] adversus heredem vero ultra decem annos retractari non possunt.“ Eine Ausnahme enthält l. 8. pr. D. de adm. rer. ad civ. pert. 50. 8. „Calculi erroris retractatio etiam post decennii aut vicennii tempora admittetur.“ [Anders faßt das Verhältniß dieser Stellen Seuffert Pract. Pand. R. §. 347., indem er gegen das im Text Bemerkte allgemein eine Verjährung der Ansprüche aus erledigten Rechnungen annimmt.]

746) L. 16. pr. §. 1. C. de usufr. et hab. 3. 33. (vgl. §. 222., wo die ganze Stelle abgedruckt ist). Justinian erzählt zuvörderst im Eingange der Stelle, man sei zwar immer darüber einverstanden gewesen, daß der Nießbrauch selbst (das dingliche Recht) durch Nichtausübung in einfacher oder doppelter Jahresfrist (per annum vel biennium) erlösche, habe jedoch in Ansehung der persönlichen Klage gezweifelt („de personali autem actione, quae super usufructu nascitur, sive in stipulationem ususfructus deductus, sive ex

pfänder gegen den Pfandgläubiger zustehende Einlösungsklage ist auf zwei Jahre beschränkt, wenn von der Einlösung eines dem Gläubiger durch den Inhaber der höchsten Staatsgewalt eigenthümlich zugeschlagenen Pfandstücks die Rede ist (l. 3. §. 3. C. de iur. dom. imp. 8. 34.). Die zwei Jahre werden natürlich von der Zuschlagung an gerechnet*). 5) Die dem Eigenthümer der emphyteusis zustehende Berechtigung zum Vorkaufe (ius protimiseos) ist auf eine Frist von zwei Monaten eingeschränkt (l. 3. C. de iure emphyt. 4. 66.), welche natürlich von der Zeit an gerechnet werden müssen, da dem Eigenthümer der beabsichtigte Verkauf an einen Dritten angezeigt worden ist. 6) Was in einem verbotenen Spiele verloren worden ist, kann nach einer Verordnung Justinian's funfzig Jahre lang zurückgefodert werden (l. 3. [1.] C. de aleat. 3. 43. „..... non obstante nisi quinquaginta annorum praescriptione"). 7) Wenn von Seiten des Staatsschatzes fremde Sachen veräußert worden sind, so dauert nach einer Verordnung des K. Zeno die deswegen anzustellende Entschädigungsklage (welche füglich als eine actio quasi ex contractu oriunda angesehen werden kann) vier Jahre. Durch eine Verordnung K. Justinian's (l. ult. C. de quadr. praescr. 7. 37.) hat diese vierjährige Verjährung eine erweiterte

---

testamento relictus est, dubitabatur"). Nun fährt er fort, in der Folge solle weder die actio quae de usufructu nascitur, noch auch ipse ususfructus durch Nichtgebrauch erlöschen, „nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quae, etiam si dominium vindicabat, poterat eum praesentem vel absentem excludere." Daß in den letzten Worten auf eine zehn- und zwanzigjährige Verjährung hingewiesen ist, habe ich schon an einem andern Orte gezeigt (vgl. §. 223.). Daß aber diese Verjährung auch für die persönliche Klage auf Bestellung eines Nießbrauchs gelten soll, ergiebt sich theils aus dem schlichten Wortsinne, theils daraus, daß in Folge des Eingangs Jedermann eine Auflösung des dort erwähnten Zweifels erwarten muß, und dieser nur dann als gelöst angesehen werden kann, wenn die neue Verjährungszeit nicht bloß auf das Nießbrauchsrecht selbst, sondern auch auf das persönliche Klagerecht bezogen wird. Ob bei dem, was Justinian bei den Zweifeln berichtet, die man über die Verjährbarkeit der persönlichen Klage früherhin gehegt habe, ein Irrthum zum Grunde liege, wie Vinnius (comm. ad §. 1. I. de usufr.) meint, können wir dahin gestellt sein lassen; ✧daß Paulus ein Erlöschen der Klage durch Nichtgebrauch verwarf, sehen wir aus fr. Vat. §. 46.✧ Uebrigens vergleiche man über diese bestrittene Lehre Glück Erl. d. Pand. Th. 9. S. 378. 379. [Göschen Vorl. Bd. I. p. 431.]

*) Ehemals dauerte die Einlösungszeit nur ein Jahr. L. 3. pr. C. cit.

Anwendung bekommen, weil Justinian auch denjenigen, welche von dem Kaiser oder der Kaiserin etwas erhalten haben, völlige Sicherheit gegen die Ansprüche des Eigenthümers verleiht, der dagegen auf die vorhin erwähnte Entschädigungsklage verwiesen wird (vgl. §. 13. I. de usuc. 2. 6.). — Dagegen bleibt es bei der Regel, wenn aus einem Schuldvertrage nach den Grundsätzen des ius civile auf die Wiederaufhebung desselben geklagt wird. Daher kommt denn auch die dreißigjährige (allenfalls auch eine mehrjährige) Verjährung insbesondere zur Anwendung, wenn wegen übermäßiger Uebervortheilung (s. g. laesio ultra dimidium) die Wiederaufhebung eines Kaufs- oder anderen Schuldvertrags*) erzwungen werden soll. Es ist zwar schon behauptet worden, daß hier eine vierjährige Verjährungsfrist eintreten müsse, weil das durch jene Uebervortheilung begründete remedium ex l. 2. C. de resc. vend. [cf. L. 8. C. eod.] als eine in integrum restitutio zu betrachten sei. Dieser Behauptung ist entgegnet worden, daß hier zwar eine in integrum restitutio eintrete, aber nicht eine praetoria, sondern eine civilis (vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 5. S. 397. 445.). Allein es braucht überhaupt nicht zugegeben zu werden, daß hier eine in integrum restitutio vorkomme, oder daß die hier Statt findende Klage als ein besonderes remedium anzusehen sei**). So wie derjenige, welcher geradezu bei dem Verkaufe betrogen worden ist, mit der Verkaufsklage die Auflösung des Verhältnisses herbeiführen kann, so kann auch derjenige, welcher zwar ohne erweislichen Betrug, aber doch immer auf eine nicht zu billigende Weise unmäßig übervortheilt ist, mit der Verkaufsklage die Aufhebung des Verkaufes bewirken. Ich bin nämlich fest überzeugt, daß die l. 2. C. cit. eine bloße Anwendung der allgemeinen Grundsätze über den Einfluß des dolus auf die Verträge enthält, nur mit einer gewiß schon durch den Gerichtsgebrauch vorbereiteten eigenthümlichen Nebenbestimmung. Im Allgemeinen wurde es nämlich nicht für widerrechtlich gehalten, wenn man im Verkehre sich wechselseitig übervortheilte, wenn nur nicht betrügerische Vorspiegelungen oder Verheimlichungen vorgekommen waren. Aber man fand doch zweck-

*) Wegen der Ausdehnung auf andere als Kaufgeschäfte s. Glück Comm. Bd. 17. §. 1032. p. 120 ff.

**) Vgl. auch v. Vangerow Pand. Bd. III. §. 611. Anm. p. 355 f.

mäßig, dieses nur innerhalb einer gewissen Grenze gelten zu lassen. Wer einen übermäßigen Preis für eine Sache nimmt*), oder sie für einen übermäßig geringen Preis an sich bringt, der handelt gewissenlos, und nicht uti inter bonos viros agi oportet. Selbst wenn er bei der Abschließung des Rechtsgeschäfts gar nicht einmal gewußt hat, daß der Handel so übermäßig gewinnvoll für ihn ist, bleibt es immer gewissenlos, wenn er diesen Gewinn auf Kosten des andern Theils behalten will. Die genaue Bestimmung der Grenze war nicht ohne eine gewisse Willkür zu machen; und wenn man gerade eine Verletzung über die Hälfte als eine solche betrachtete, welche sich nicht mehr mit einem ehrlichen Verkehre vereinigen lasse, so läßt sich dieses freilich nicht aus der Natur der Sache ableiten.

§. 264.

Einige dieser Schuldverhältnisse erfodern doch noch eine besondere Beleuchtung; wichtig ist die Frage, inwieferne eine Verjährung eintreten kann, wenn von Seiten des Verpfänders gegen den Pfandgläubiger die Zurückgabe der verpfändeten Sache mit der persönlichen Pfandklage (pigneraticia in personam actio) verfolgt wird. Es ist hier bloß von der dreißig- und vierzigjährigen Verjährung die Rede, denn besondere Gründe zur Annahme einer kürzeren Verjährung fehlen gänzlich; die zehn- und zwanzigjährige ist sogar ausdrücklich für unanwendbar erklärt (l. 10. 12. C. de pign. act. 4. 24.). Manche freilich wollen nicht einmal eine dreißig- oder vierzigjährige Verjährung gelten lassen; und unter den Uebrigen sind wieder Viele, welche behaupten, die Verjährung könne wenigstens erst anfangen zu laufen, wenn die Geldsumme, für welche das Pfand haftet, zurückgezahlt, oder überhaupt die Auslösung erfolgt ist, denn früher sei die Zurückfoderungsklage gar nicht für begrün-

*) Es ist freilich bestritten, ob auch der Käufer wegen laesio enormis zu klagen berechtigt sei. s. dag. Puchta Pand. §. 364. Sintenis Civ.-R. §. 116. Anm. 218. vgl. auch v. Vangerow Pand. III. p. 353 a. Anf. A. M. Chambon Beitr. z. Obl. R. Bd. I. Jena 1851. p. 113—174. u. Brinz Pand. I. p. 499. Ueber die Natur der die Rescission bewirkenden actio s. v. Vangerow Pand. III. p. 355 f. Weitere litterärische Nachweisungen über diese Fragen giebt Glück Comm. Bd. 17. §. 1028. 1029.

det zu achten (l. 9. §. 3. 5. D. de pign. act. 13. 7. L. 40. D. de sol. 46. 3.). Nun ist nicht zu läugnen, daß die Rückgabe des Pfandes nicht eher als nach erfolgter Auslösung verlangt werden kann; da aber die Auslösung, rechtlich betrachtet, ganz in der Gewalt des Schuldners steht (denn der Mangel an Zahlungsmitteln kann nicht als ein rechtliches Hinderniß gelten), so darf die Zurückfoderungsklage des Verpfänders nicht als eine solche angesehen werden, welche bis zu erfolgter Auslösung einem rechtlichen Hindernisse unterliegt. Daraus folgt, daß die Verjährungszeit sofort mit der Ablieferung des Pfandes an den Pfandgläubiger zu laufen anfängt, wenn nicht besondere Gründe eine weitere Hinausrückung rechtfertigen [747]. Nur übersehe man nicht, daß durch den Ablauf dieser Verjährung noch keineswegs ein Eigenthum an der verpfändeten Sache erworben wird, ja daß nicht einmal ein Schutz gegen Eigenthumsansprüche gewonnen werden kann, weil dieses nothwendig einen Eigenthumsbesitz (Besitz mit animus domini) voraussetzen würde, der dem Pfandgläubiger fehlt (vgl. §. 183.). Offenbar ist es aber nicht gleichgültig, ob der Pfandgläubiger bloß mit einer dinglichen Klage zur Herausgabe der ihm verpfändeten Sache angehalten werden kann, oder ob auch eine persönliche Klage gegen ihn wirksam ist; denn bei der letztern kann man ihn auch für Verschuldungen zur Verantwortung ziehen, die bei einem dinglichen Anspruche gar nicht zur Sprache kommen dürfen. Ferner übersehe man nicht, daß die Grundsätze des kirchlichen Rechts allerdings auch bei der persönlichen Pfandklage den Gebrauch der Verjährung ausschließen, so lange der Pfandgläubiger sich im Besitze der verpfändeten Sache befindet, weil es als sündlich nicht zugegeben werden darf, daß ein unredlicher Besitzer sich auf Verjährung berufe. Aber auch so wird immer noch keine gänzliche Ausschließung der Verjährung herbeigeführt, denn man kann sich Fälle denken, wo der

747) Man vergleiche über diese Streitfrage Glück Erl. d. Pand. Th. 14. S. 169—177. Glück selbst gehört zu den Gegnern der von mir vertheidigten Ansicht; und allerdings machen diese die Mehrzahl aus. [Die Unhaltbarkeit der Meinung des Verf. ergiebt sich aus dem zu Note 738. Bemerkten. Sie hat in der That weiter keinen Beifall gefunden vgl. Thon a. a. O. p. 2. Anm. 2. p. 16. Anm. 2. v. Vangerow Pand. Bd. I. p. 256. Nro. 5. Demelius a. a. O. p. 192 ff. L. 9. §. 3. D. de pign. act. 13. 7.]

Pfandgläubiger durch Schuld die verpfändete Sache verloren hat, und nun nach bereits abgelaufener Verjährungszeit dafür verantwortlich gemacht werden soll.

Der Mangel einer gehörigen Unterscheidung zwischen einer Erwerbung des Pfandstücks durch Verjährung (mit welcher die Ausschließung des dinglichen Einlösungsrechts zusammenhängt) und einer aufhebenden Verjährung des persönlichen Einlösungsrechts hat zur Verwirrung dieser Untersuchung nicht wenig beigetragen [748]).

§. 265.

In Beziehung auf vorbehaltene Wiederkaufsrechte ist in den meisten Fällen die Frage nach der Zulässigkeit einer Verjährung völlig müßig, weil das Wiederkaufsrecht gewöhnlich auf eine bestimmte Reihe von Jahren vorbehalten wird, wo alsdann der Anspruch natürlich schon mit dem Ablaufe der in dem Vertrage bestimmten Frist wegfällt. Wenn jedoch der Wiederkaufsberechtigte sich innerhalb dieser Frist als Wiederkäufer gemeldet hat, so kann nun sein Anspruch durch den Ablauf der im Vertrage bestimmten Frist nicht mehr verloren gehen, und es entsteht alsdann doch auch hier wieder die Frage nach der Möglichkeit einer Verjährung. Um nun diese Frage zu beantworten, wird auf den allgemeinen Grundsatz zurückgegangen werden müssen, daß ein Anspruch erst von dem Augenblicke an, wo er (in rechtlicher Beziehung) vollständig begründet ist, eine Verjährung zuläßt. Daraus folgt: 1) wenn ausdrücklich verabredet ist, daß ein Wiederkaufsrecht vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht solle ausgeübt werden können, so kann vor dem Ablaufe dieser Frist die Verjährung nicht anfangen. 2) Wenn eine solche Bestimmung nicht gemacht ist, so wird die Verjährungszeit von dem Zeitpunkte des geschlossenen Kaufs*) an zu berechnen sein, und nicht etwa erst von

748) Als Hauptvertheidiger für die Verjährbarkeit der directa pigneraticia actio muß Joh. Ludw. Schmidt (opusc. de praescr. nro. 2.) genannt werden, welcher hierin der Ansicht des Bulgarus folgt, die auch Accursius angenommen hatte. Cuiacius folgt dagegen dem Rogerius Beneventanus, welcher das Auslösungsrecht überhaupt keiner Verjährung unterworfen wissen will. Vgl. Cuiacius, comm. ad. l. pignori 13. de usurp.

*) Die Meinungen der Neueren über diesen Punkt gehen sehr auseinander. Diejenigen, welche, damit actio nata sei, eine Rechtsverletzung für

dem Augenblicke an, wo der Verkäufer sich erklärt hat, daß er von seinem Wiederkaufsrechte Gebrauch machen wolle, weil der Umstand, daß diese Erklärung noch nicht erfolgt ist, kein rechtliches Hinderniß für die klagbare Verfolgung des Wiederkaufsrechts ist. Zwar haben Einige sogar behaupten wollen, es fange die Verjährung nicht eher an, als bis der Käufer dem von dem Verkäufer in Anspruch genommenen Wiederkaufsrechte widersprochen habe; aber diese Behauptung ist vollends willkürlich, weil sich von keinerlei Art persönlicher Ansprüche beweisen läßt, daß es zur Begründung der Verjährung auf eine Verweigerung der Leistung ankomme. Eben so wenig kann man zugeben, daß die Verjährung erst mit der Uebergabe der unter Vorbehalt des Wiederkaufs veräußerten Sache zu laufen anfange, denn das Recht zur Wiederaufhebung des Kaufs wird ja gar nicht erst durch die Uebergabe vollständig begründet, sondern ist es schon gleich durch die Abschließung. Auch kann der Anspruch sofort durch eine Klage geltend gemacht werden, obgleich man dieß allerdings nicht eben nöthig hat, wenn man das Recht aus dem Vorbehalte des Wiederkaufs, noch ehe es zur Ablieferung kommt, geltend machen will, weil man alsdann die Klage des Käufers abwarten und

nöthig halten, müssen natürlich zum Beginn der Verjährung fordern, daß der Verkäufer den Wiederkauf verlangt habe. So Kierulff a. a. O. p. 194. v. Savigny a. a. O. p. 304 f. Sintenis a. a. O. p. 294 ff. u. A. m. Andere, welche die Entstehung eines Klagrechts nicht von einer Rechtsverletzung abhängig machen, rechnen doch die Verjährungszeit erst von der Uebergabe des verkauften Gegenstandes an, weil der Anspruch aus dem pactum de retrovendendo bloß auf die Restitution des Objectes gehe, also erst mit dessen Hingabe möglich werde. s. Thon a. a. O. p. 3. 4. Anm. v. Vangerow a. a. O. p. 257. Nro. 8. Hierbei wird der Fall der L. 2. C. de pact. int. emt. et vend. 4. 54., wo nur eine Resolutivbedingung, in Form eines besonderen Nebenvertrages und darum auch ohne die Wirkung sofortigen Rückfalls des Eigenthums, dem Hauptgeschäfte beigefügt ist, mit dem eigentlichen pactum de retrovendendo verwechselt, wofür L. 12. D. de praescr. verb. 19. 5. ein Beispiel liefert. Der Gegenstand des letzteren ist vielmehr die Verpflichtung des Käufers, die Sache zurückzuverkaufen, und dieser Rückkauf alsbald nach Abschluß des Kaufes denkbar, die Frist würde daher von da ab laufen. Indessen haben wir es dabei doch wohl mit einem bedingten Klagrechte zu thun, welches vor Eintritt der Bedingung, nämlich der Erklärung des Verkäufers, von seinem Vorbehalt Gebrauch machen zu wollen, nicht verjähren kann vgl. Demelius a. a. O. p. 194 ff. Seuffert Arch. II. 82. (wo freilich das Vorkaufsrecht dinglicher Natur war).

eine Einrede vorschützen kann. 3) Wenn das Wiederkaufsrecht ganz ausdrücklich für eine längere Zeit vorbehalten ist, als die gesetzliche Verjährungsfrist beträgt, so darf man annehmen, daß dadurch die Berufung auf Verjährung ausgeschlossen wird, so lange die durch die Abrede bestimmte Frist noch nicht abgelaufen ist (es würde der praescriptio die replicatio pacti entgegen stehen). Dagegen läßt sich sehr bezweifeln, ob die Verjährung für immer ausgeschlossen sei, wenn verabredet worden ist, daß dem Verkäufer das Rückkaufsrecht „zu jeder Zeit" frei stehen solle [749]).

§. 266.

Eine besondere Untersuchung erfodert ferner die Verjährung der Zinsfoderungen.

I. Die Anwendbarkeit der dreißig- (oder vierzig-) jährigen Verjährung ist außer Zweifel. Wenn inzwischen hier die Grundsätze streng befolgt würden, welche für die allmälig fällig werdenden Foderungen gelten, so würde die Hauptfoderung selbst längst der Verjährung verfallen sein, während noch immer Nachfoderungen wegen der Zinsen gemacht werden könnten. So wie nämlich keine Zinsen mehr gezahlt werden, so beginnt sogleich die dreißigjährige Verjährung für die Hauptfoderung (vgl. §. 260.) und für den so eben fällig gewordenen Zinsbetrag; der im folgenden Jahre fällig werdende Zinsrest verjährt aber um ein Jahr später u. s. w. Justinian verwirft jedoch aus gutem Grunde diese Ansicht, und will, daß von keiner Zinsfoderung weiter die Rede sei, wenn einmal die Hauptfoderung ihre Klagbarkeit durch Verjährung verloren hat [750]).

---

749) Ausführlich ist die Lehre von der Verjährung der Wiederkaufsansprüche abgehandelt in Glück Erl. d. Pand. Th. 16. §. 998. S. 209—218., wo auch die verschiedenen Meinungen zusammengestellt sind. Vgl. noch Fr. Behmer, nov. ius controv. obs. XVII.

750) L. 26. C. de usur. 4. 32. „Eos, qui principali actione per exceptionem XXX vel XL annorum sive personali sive hypothecaria ceciderunt, non posse super usuris vel fructibus praeteriti temporis aliquam movere quaestionem, dicendo, ex his temporibus eas velle sibi persolvi, quae non ad XXX vel XL praeteritos annos referuntur, asserendo, singulis annis earum actiones nasci; principali enim actione non subsistente satis supervacuum est, super usuris vel fructibus adhuc iudicem cognoscere..." ⸿Glück Erl. d. Pand. Bd. 21. S. 65.⸿

II. Findet aber nicht auch eine kürzere Verjährung Statt, wenn Zinsansprüche aufgehoben werden sollen? Man hat es behauptet. Die Stellen, auf welche man sich beruft, beweisen aber nur, daß in Fällen, wo Jemand eine längere oder kürzere Zeit hindurch es unterlassen hat, die gebührenden Zinsen zu fordern, oder sich mit geringeren begnügt hat, nach Lage der Umstände angenommen werden kann, er habe auf seine Zinsforderung Verzicht geleistet, oder in die Herabsetzung derselben gewilligt [750a]). Die Stellen sind folgende:

1. L. 17. §. 1. D. de usur. 22. 1. Divus Pius ita rescripsit: Parum iuste praeteritas usuras petis, quas omisisse te longi temporis intervallum indicat, qui eas a debitore tuo, ut gratior apud eum videlicet esses, petendas non putasti.

Jemand hatte geraume Zeit hindurch (per longi temporis intervallum) die von ihm gesetzlich zu fordernden Zinsen nicht verlangt, und zwar unter solchen Umständen, daß füglich eine freigebige Absicht angenommen werden konnte. Es fragt sich, ob Nachfoderung möglich sei. Das kaiserliche Antwortsschreiben verneint es offenbar nicht wegen des Zeitablaufs an sich, sondern weil daraus der Sachlage nach auf eine Verzichtleistung geschlossen werden konnte. Ueber die noch fällig werdenden Zinsen ist nicht entschieden, weil die Anfrage sich nicht darauf bezog. Wahrscheinlich war die Zeit der Rückzahlung bereits gekommen, so daß davon gar nicht die Rede sein durfte.

2. L. 13. pr. D. eod. (Scävola) „Qui semisses usuras promisit, per multos annos minores praestitit; heres creditoris semisses petit, cum per debitorem non steterit, quominus minores [751]) solvat. Quaero, an exceptio doli vel pacti obstet? Respondi, si exsolvendis ex more usuris per tanta tempora

---

750a) Vgl. Glück a. a. O. Th. 21. S. 66—68., Kritz Abh. üb. ausg. Mat. d. Civ.-R. S. 60—78. und M. Baumann (comm. ad L. 13. D. de usur. Lps. 1827. 4. 46 S.). Im Wesentlichen stimmt meine Ansicht mit der von Kritz überein.

751) Noodt (de foen. et usur. III. 16.) setzt dafür „quo minus maiores." Die folgende Erklärung wird diese Aenderung als unnöthig darstellen. Daß dieselbe durch die Basiliken (lib. 23. tit. 3. l. 13.) unterstützt werde, kann man nicht sagen, sondern nur, daß die Basiliken ihr nicht entgegen sind.

mora per debitorem non fuit, posse secundum ea, quae proponerentur, obstare exceptionem."

Der Fall ist dieser. Jemand hatte sechs vom Hundert als Zins zu zahlen versprochen, der Gläubiger hat sich aber seit geraumer Zeit mit geringeren Zinsen begnügt. Nun stirbt der Gläubiger, und am nächsten Zinstage erscheint der Schuldner bei dem Erben, um ihm die gewöhnlichen Zinsen zu bezahlen. Da entsteht nun die Frage, ob der Erbe sich damit begnügen muß. Die Antwort ist bejahend, weil eine doli vel pacti exceptio zulässig wäre, wenn er auf Bezahlung der vollen Zinsen bestehen wollte. Nicht die Verjährung ist es also, worauf Bezug genommen wird, sondern es wird offenbar davon ausgegangen, daß hier allen Umständen nach ein Vertrag angenommen werden müsse. Es mochte üblich sein zwar hohe Zinsen sich auszubedingen, dabei aber dem Schuldner zu versprechen, man werde sich mit geringeren Zinsen begnügen, wenn er die Zinstage ordentlich beobachte, und es nicht erst zur Klage kommen lasse. Ein solcher Vertrag wurde nun in dem vorliegenden Falle angenommen, ohne daß der Schuldner einen Beweis zu führen brauchte. Die Gründe waren: 1) weil sich zeigte, daß seit mehreren Jahren regelmäßig geringere Zinsen bezahlt worden; 2) weil man fand, daß die Zinsen auch immer ohne Verzug abgetragen worden waren (exsolvendis ex more usuris per tanta tempora mora per debitorem non fuit); 3) vielleicht kam auch noch in Betracht, daß der Gläubiger todt war, auf dessen Wort der Schuldner gebaut hatte, und er es nun mit dem Erben zu thun hatte, der nichts von der Sache wußte, bei dem also von einer Eideszuschiebung wenig Erfolg zu hoffen war. — An eine bestimmte Zahl von Jahren ist dabei wohl nicht gedacht worden, und es ist ganz willkürlich, wenn man mit Rücksicht auf l. 1. C. de fideic. (vgl. §. 253.) an drei Jahre denkt, oder fünf Jahre verlangt, weil in §. un. I. de litt. obl. 3. 21. der Ausdruck multum temporis von einem fünfjährigen Zeitraume gebraucht wird, oder auch wohl zehn und zwanzig Jahre, weil der Ausdruck multi anni an longum tempus erinnert, und longi temporis praescriptio eine zehn- oder zwanzigjährige Verjährung ist. Alles kam darauf an,

ob die Zeit lang genug war, um die Annahme einer Verabredung nach Umständen rechtfertigen zu können [751a]).

3. L. 5. C. de usur. 4. 32. (Severus und Antoninus) „Adversus creditorem usuras maiores ex stipulatu petentem, si probetur per certos annos minores postea consecutus, utilis est pacti exceptio. Secundum quod tueri causam potestis etiam adversus defensores civitatis maiores petentes ex cautione, si probaveritis, semper quincunces amitam pupillorum vestrorum, quae maiores caverat, dependisse."

Die Stelle sagt im Grunde nur Folgendes. Wer Jahre lang (per certos annos) geringere Zinsen gezahlt hat, als die Schuldurkunde ausdrückt, der kann mit Wirksamkeit die Einrede stillschweigenden Verzichtes entgegenstellen (utilis est pacti exceptio), wenn ihm höhere Zinsen abgefodert werden; vorausgesetzt natürlich, daß nicht ein ausdrücklicher Vorbehalt deswegen Statt gefunden hat [752]). Am wenigsten kann dieses Bedenken erregen, wenn von der Nachzahlung desjenigen die Rede ist, was die ausbedungenen Zinsen mehr betragen als die wirklich gezahlten. Zwar läßt es sich denken, daß der Mehrbetrag der Zinsen bloß gestundet werden sollte, aber die entschieden überwiegende Wahrscheinlichkeit ist doch für einen gänzlichen Nachlaß. Bedenklicher mag es scheinen, auch für die in der Folge fällig werdenden Zinsen eine Herabsetzung anzunehmen; und doch glaube ich, daß die kaiserliche Entscheidung keineswegs auf den Fall einer bloßen Nachfoderung beschränkt werden darf. Bei einer solchen Nachfoderung hätte ja der Kläger selbst gleich angeben müssen, wie viel er bisher an Zinsen erhoben habe, wie viel ihm also noch nachträglich gebühre; es hätte also nicht erst auf

751 a) Daß multi anni auch ein longum tempus in der eigentlichen Kunstbedeutung sein könne, wer möchte es läugnen wollen? Aber soll das z. B. auch bei L. 4. §. 4. D. de eo, quod cum eo 14. 5. der Fall sein? So ist auch das multum temporis in L. 33. D. de R. N. 23. 2. und L. 22. §. 2. D. ad SC. Treb. 36. 1. gewiß kein longum tempus. [vgl. noch oben Not. *) nach Anm. 720.].

752) Man denke nicht an eine utilis exceptio im Gegensatze mit einer directa. Ich kenne keine utilis pacti exceptio in diesem Sinne, und weiß nur, daß in solchen Fällen, wo die pacti exceptio den strengen Grundsätzen nicht gemäß war, der gemeine Rechtssinn sie aber dennoch billigte, die doli exceptio ihre Stelle vertrat. L. 10. §. 2. D. de pact. 2. 14.

einen Beweis des Beklagten in dieser Hinsicht ankommen können. Die kaiserliche Entscheidung setzt aber auch voraus, daß mehrere Jahre hindurch (per certos annos) geringere Zinsen erhoben worden waren, was gewiß nicht nöthig ist, wenn bloß die Nachfoderung ausgeschlossen werden soll. Unläugbar ist die Vermuthung, von welcher die l. 13. pr. D. de usur. ausgeht, ungleich bescheidener und schüchterner als diejenige, welche in der l. 5. C. eod. zum Grunde liegt. — Daß bei den certi anni an eine bestimmte Zeit von drei oder zehn Jahren gedacht sein sollte, ist sehr unwahrscheinlich; auch hier kam alles darauf an, ob das Annehmen der geringeren Zinsen so oft wiederholt worden war, daß man eine Entsagung auf die bedungenen Zinsen darin erblicken konnte.

4. L. 8. C. eod. (Antoninus) „Quamvis Bassa, cum pecuniam mutuam acciperet, minores usuras Menophani spoponderit, et, nisi intra certum tempus eas solvisset, ampliores, licitas tamen, promiserit, si post tempus cautioni praefinitum creditor easdem accepit, nec maiores sibi dari postulavit, ac per hoc non recessisse eum a minorum praestatione probari potest, eas usuras computari oportet, quarum in exactione creditor perseveravit."

Die Bassa hat dem Menophanes Geld abgeborgt, und dafür Zinsen (z. B. fünf vom Hundert) versprochen. Zugleich ist festgesetzt worden, daß höhere Zinsen (z. B. sechs vom Hundert) gezahlt werden sollten, wenn die Zinszahlung nicht zur bestimmten Frist erfolgen würde. Nun wird entschieden, wenn dennoch der Gläubiger sich mit den ordentlichen Zinsen begnüge, so verliere er dadurch das Recht auf die Zinserhöhung. Dabei muß man wohl zunächst an eine Nachfoderung denken, denn die Verabredung über den Zinszuwachs beabsichtigte schwerlich eine Zinserhöhung für alle Zukunft, sondern nur eine Erhöhung des fällig gewordenen Zinsbetrags. Doch versteht es sich von selbst, daß auch jene wegfiele, wenn man sich das erstemal mit den ordentlichen Zinsen begnügt hätte. Eine gewisse Abneigung gegen Strafen mußte diese Auslegung noch unbedenklicher machen. Da hier auf Wiederholung und Zeitablauf gar nichts ankommt, so ist auch nicht entfernt an eine Verjährung zu

denken; die Entscheidung beruht lediglich auf dem Grundsatze der stillschweigenden Entsagung.

Diese Stellen ergeben, wenn man die beigefügten Bemerkungen vergleicht, daß hier nirgends von einer Verjährung, sondern nur von einer nach Umständen anzunehmenden vertragsmäßigen Minderung der Zinsen die Rede ist.

§. 267.

Der aus einem Erkenntnisse begründete klagbare Anspruch (die iudicati actio) [753]) soll nach der gewöhnlichen Ansicht der dreißigjährigen Verjährung unterworfen sein; die allgemeinen Ausnahmefälle natürlich abgerechnet, in welchen an die Stelle der dreißigjährigen Verjährung eine vierzigjährige tritt. Allein es läßt sich, wie ich glaube, mit Recht zweifeln, ob überhaupt eine dreißigjährige Verjährung Anwendung finden könne. Justinian will nämlich, daß ein gerichtlich anhängig gemachter Anspruch nun nicht mehr in dreißig, sondern erst in vierzig Jahren verjährt werde; und zwar so, daß diese vierzig Jahre von der Zeit an gerechnet werden, wo das gerichtliche Verfahren gestockt hat (vgl. Th. 1. §. 125.). Wenn dieses bei einem nicht bis zum Urtheile gediehenen Verfahren Statt findet, so scheint es, als müsse dasselbe bei einem zwar abgeurtheilten, aber nicht zur Vollstreckung gekommenen Rechtsstreite ebenfalls eintreten *).

Die Vorschriften des kirchlichen Rechts über die Redlichkeit des Verjährenden (bona fides) werden übrigens auch hier nicht ohne Einfluß sein. Ist nämlich das Erkenntniß auf Herausgabe einer dem Schuldner nicht zugehörigen Sache gerichtet gewesen, so wird diese Herausgabe auch nicht einmal durch die Berufung auf die Verjährung abgeschnitten werden können, wenn nicht etwa zufällig, z. B. in Folge eines auf Seiten des Schuldners eingetretenen Erbfalls, ein redlicher Besitz entstanden ist. Betrifft aber das Erkenntniß eine Zahlung oder eine Ablieferung einer durch einen Veräußerungsvertrag ver-

753) [Vgl. Spangenberg Ueb. d. Verj. d. act. iud. Arch. f. civ. Prax. Bd. VI. p. 374—386. Linde Gieß. Zeitschr. Bd. 2. p. 180 f. Seuffert Arch. VI. 5.]

*) Vgl. jedoch Bd. I. p. 445. Not. *).

sprochenen Sache, so ist der Begriff eines unredlichen Besitzes ganz unpassend, und daher auch an das Erfoderniß der Redlichkeit gar nicht zu denken[754].

§. 268.

Zu den Schuldverpflichtungen, welche nach Art der vertragsmäßigen beurtheilt werden und dem ius civile angehören, rechne ich auch die subsidiaria actio, welche [in Folge eines unter Trajan erlassenen Senatsschlusses] Statt findet, wenn sich die Obrigkeit bei der Bestellung einer Vormundschaft auf eine nicht zu rechtfertigende Weise benommen hat. Man könnte zwar geneigt sein, diese actio für eine poenalis zu halten. Allein nach der richtigeren Ansicht ist sie als eine Art von tutelae actio zu betrachten[755]. Demnach ist an eine Beschränkung dieser actio auf Jahresfrist nicht zu denken, obgleich keine ausdrückliche Stelle dafür angeführt werden kann.

b. Verjährung bei den Schuldverhältnissen, die aus dem ius honorarium entspringen.

§. 269.

Die Regel der dreißig- und vierzigjährigen Verjährung gilt ferner für diejenigen Schuldklagen, welche nicht bloß der Form, sondern auch dem Rechte nach ihren Ursprung aus dem prätorischen Edicte ableiten (praetoriae actiones), indem bei die-

---

754) Der Aufsatz Spangenberg's enthält gleiche Ansichten über die Berücksichtigung der Redlichkeit bei der iud. actio, [irrt aber, wenn er schon nach Röm. R. die Verjährung derselben dem malae fidei possessor gegenüber ausschließt]. Strube (rechtl. Bed. IV. 6. V. 39.) will gar keine Verjährung bei der iudicati actio zulassen, weil dem Beklagten immer zum Vorwurfe gemacht werden könne, daß es ihm an der redlichen Ueberzeugung gefehlt habe.

755) L. 9. D. de mag. conv. 27. 8. „.... Eadem in magistratibus actio datur, quae competit in tutores.“ In l. 1. pr. D. ib. und in l. 5. C. eod. 5. 75. heißt sie utilis actio; man muß also an eine utilis tutelae actio denken. [vgl. des Verf. Schuldverh. §. 702 a. E. Daß die Klage ursprünglich nur gegen die Municipalbeamten als nominatores gieng, dann aber, als ihnen in geringeren Sachen unmittelbar die Ernennung überlassen wurde, im Widerspruch mit den sonstigen Grundsätzen des öffentlichen Rechts in Rom gegen sie beibehalten blieb, darüber s. Mommsen die Stadt.-R. v. Salpensa u. Malaca p. 438. Not. 137.]

sen die bei den Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen allerdings als Regel geltende (vgl. Th. 1. §. 12.) jährige Dauer der Foderung keine Anwendung findet. In folgenden Fällen läßt sich die Unanwendbarkeit einer jährigen Verjährung sogar namentlich beweisen. 1) Bei der exercitoria, institoria, de peculio, tributoria und de in rem verso actio [756]). ⊕Wenn übrigens diese Ansprüche aus einem Schuldvertrage herrühren, der gegen den nächsten Schuldner nur eine an besondere Verjährungsfristen geknüpfte Schuldfoderung begründet, wie es z. B. bei dem Rechte, mangelhafte Sachen an den Verkäufer zurückzugeben (redhibendi ius), der Fall ist, so gilt diese beschränkte Verjährungszeit auch für jene abgeleiteten Klagen (arg. L. 2. D. quando de pec.). 2) Bei der Klage aus dem constitutum [756a]).⊕ 3) Bei der Klage auf Doppelersatz, welche wegen eines durch dringende Noth veranlaßten depositum eintritt (l. 18. D. dep. 16. 3.)*), so wie bei den aus dem prätorischen Edicte gegen die Schiffer, Gast- und Stallwirthe begründeten Klagerechte; sowohl bei demjenigen, welches ohne Rücksicht auf die Person des unmittelbaren Schuldigen auf einfachen Schadensersatz geht, als auch bei demjenigen, welches insbesondere bei einem von dem Gesinde oder von den ordentlichen Hausgenossen zugefügten Schaden zu einer Doppelentschädigung

756) L. 4. §. ult. D. de exerc. act. 14. 1.; l. 15. D. de inst. act. 14. 3.; l. 7. §. 5. l. 8., l. 9. pr. D. de trib. act. 14. 4.; ⊕L. 1. §. 1. D. de in rem vers. 15. 3.⊕ [L. 19 i. f. D. eod.] l. 1. §. 1. D. quando de pec. act. 15. 2. Wer wird aber zweifeln, ob bei der quod iussu actio dasselbe gelte?

756 a) L. 1. C. de const. pec. 4. 18. — pecuniae constitutae actio — perpetuo competit. L. 2. C. ib. — Neque sit in quocunque casu annalis, sed — sit et ipsa in tali vitae mensura, in qua omnes personales actiones positae sunt, id est in annorum metis triginta. Aus der letzteren Stelle sieht man übrigens, daß die actio de pecunia constituta vor Justinian nicht in allen Fällen der besonderen Zeitbeschränkung enthoben, sondern manchmal (in speciebus certis) auf Jahresfrist beschränkt war.

*) Vgl. über diese Klage Rudorff Zeitschr. f. gesch. R.-W. Bd. XIV. p. 457—463. Die Unverjährbarkeit der Klage erklärt sich wohl einfach daraus, daß der Prätor sie hier unverändert nach den XII Tafeln ertheilte. cf. Coll. Tit. X. cap. 7. §. 11. Demelius Unters. p. 29. Auch haftet der Erbe des dolosen Depositars nicht bloß ein Jahr, wie man wohl wegen L. 18. cit. angenommen hat, (s. d. Verf. Schuldverh. II. p. 672. Not. y. v. Vangerow Pand. III. §. 630. Sintenis Civ.-R. §. 112. Not. 29 a. E.) aber freilich nur in simplum, selbst während des ersten Jahrs. Eine andere Ansicht von dieser Klage hat Savigny Syst. Bd. V. p. 55. Not. c.

führt (l. 7. §. 6. D. naut. caup. stab. 4. 9.). Auch in diesen letzten Fällen scheint nämlich eine geschärfte depositi actio vorhanden zu sein, so daß mit Recht der Gesichtspunkt einer vertragsmäßigen Schuldverpflichtung zum Grunde gelegt ist[757]). 4) Bei dem interdictum de migrando (l. 1. §. 6. D. de migrando 43. 32.); indem hier offenbar ein vertragsmäßiger Anspruch geltend gemacht werden sollte, obgleich in der bei vertragsmäßigen Schuldverhältnissen wenig üblichen Form eines interdictum. 5) Bei dem interdictum de precario (l. 8. §. 7. D. de prec. 43. 26.), denn wenn auch ursprünglich bei dem precarium eine bestimmte Verbindlichmachung wegen der Rückgabe nicht angenommen wurde (l. 14. D. ib.), so war doch die Aehnlichkeit mit dem commodatum anerkannt (l. 1. §. 3. D. ib.) und daher wenigstens in späterer Zeit sogar die actio praescriptis verbis zugelassen (l. 2. §. 2. D. ib. Paul. R. S. V. 6. §. 10.); daher nun auch kein Zweifel sein kann, daß die Verpflichtung aus dem precarium überhaupt als eine vertragsmäßige zu betrachten ist. 6) Bei der in factum actio, welche aus dem prätorischen Edicte gegen den mensor begründet ist, der betrüglicherweise ein falsches Maß angegeben hat (l. 4. D. si mens. fals. mod. dix. 11. 6.); denn wenn auch eine locatio und conductio zwischen dem mensor und demjenigen, der seiner Hülfe bedarf und ihm dafür die übliche Bezahlung reicht, nach Römischer Ansicht nicht angenommen wurde (l. 1. pr. D. ib.), so bleibt doch das Verhältniß ein vertragsmäßiges („initium rei non a circumscriptione, sed a suscepto negotio originem accepit;“ l. 4. cit.)*). 7) Bei der funeraria actio, mit welcher derjenige,

757) Uebrigens ist mir nicht unbekannt, daß Gaius hier von einer obligatio, quae quasi ex delicto nascitur, spricht (l. 5. §. ult. D. de O. et A. 44. 7.; vgl. §. 3. I. de obl. quae quasi ex del. 4. 5.); daraus folgt aber noch nicht, daß diese Ansicht die allgemein angenommene gewesen sei. [Diese actio adversus nautas etc. wird gegenwärtig wohl allgemein zu den Delictsklagen gerechnet; daher geht sie auch nicht gegen die Erben über. L. 7. §. 6. D. cit. vgl. z. B. Puchta Pand. §. 91. Not. ff. Arndts Pand. §. 108. Anm. 2. Sintenis Civ.-R. §. 120. Not. 1 a. E. u. A. m.].

*) Dafür, daß diese Klage als Poenalklage anzusehen sei, spricht theils das ausdrückliche Zeugniß der Basiliken Lib. 60. Tit. 9. c. 10., theils eine Anzahl einzelner Erscheinungen, die sich nur unter jener Voraussetzung erklären lassen, so namentlich ihre passive Unvererblichkeit, ihre Zuständigkeit als actio noxalis gegen den Herrn des Sklaven, der als mensor fungiert hat L. 3. §. 5. 6. D. eod. vgl. Rudorff Zeitschr. f. gesch. R.-W. Bd. X. p. 422—429.

der die Besorgung eines Leichenbegängnisses (mit oder ohne Auftrag) übernommen hat, die Erstattung der Kosten fodert (l. 31. §. 2. D. de relig. 11. 7.). 8) Bei der (doch auch wohl aus dem prätorischen Rechte abzuleitenden) actio de rationibus distrahendis (l. 1. §. 23. D. de tut. et rat. distr. act. 27. 3.), die man sich als eine durch bestimmte Festsetzung eines Doppelersatzes geschärfte tutelae actio zu denken hat*). — Für die Klage aus dem Edicte de eo, quod certo loco, fehlt es zwar an ausdrücklichen Beweisstellen, wodurch die Annahme einer Jährigkeit bestimmt ausgeschlossen würde, es kann aber diese Ausschließung um so weniger bezweifelt werden, als diese Klage nicht einmal eine entfernte Aehnlichkeit mit den actiones ex delicto oriundae hat, was wohl auch der Grund ist, weswegen darüber gar nicht einmal eine Bemerkung vorkommt. Auch die in factum actio, welche zwischen dem, der die gerichtliche Einweisung in den Besitz erlangt hat, und dem Herrn der Sache (wegen der Berechnung der verwendeten Kosten) Statt findet, muß als ein der actio negotiorum gestorum zu vergleichender vertragsmäßiger Anspruch betrachtet werden, so daß die bei den Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen vorkommende Jahresfrist nicht in Anwendung kommen kann.

Nur die actio de peculio ist in manchen Fällen auf ein Jahr eingeschränkt**). Wenn nämlich eine in Vermögensabhängigkeit stehende Person (homo alieni iuris) stirbt, oder bei Lebzeiten der Abhängigkeit entledigt wird, so fällt jedenfalls der Begriff eines Sonderguts (peculium) weg, mag es nun sein, daß nach dem Tode das Sondergut von dem Herrn oder Vater eingezogen, oder daß es bei der Freilassung zurückgenommen worden ist, L. 1. §. 3. L. 3. D. quando de pec. 15. 2. Demungeachtet wird gegen den Herrn oder Vater noch innerhalb

---

*) Auch Savigny Syst. Bd. V. p. 58. 59. Obl. R. Bd. II. p. 313. will die Verdoppelung „nicht als Strafe, sondern als ein in besonderer und positiver Weise abgeschätztes Interesse" betrachten. vgl L. 1. §. 21. D. eod. „ex una obligatione." Windscheid Die actio des Röm. Civ.-R. p. 77. 78. Indessen ist dieß andererseits bestritten worden s. Martens Concurrenz u. Collision d. Röm. Civ.kl. Lpzg. 1856. p. 24. Jedenfalls ist sie eine actio civilis, (L. 55. §. 1. D. de adm. tut. 26. 7.) ihre Unverjährbarkeit daher der Regel gemäß. s. schon Io. Bassianus Arbor action. ed. Brinz Erl. 1854. p. 46. v. Savigny a. a. O. Demelius a. a. O. p. 29 u. A. m.

**) Vgl. d. Verf. Schuldverh. I. p. 431 f.

Jahresfrist die actio de peculio zugelassen. So auch wenn ein Sklave veräußert worden ist, und der Veräußernde überhaupt noch verantwortlich bleibt, indem er das Sondergut zurück behalten hat, oder es sich besonders hat bezahlen lassen. Die gegen ihn Statt findende Klage ist nämlich auch in diesem Falle eine jährige. Das ist begreiflich; denn hätte man die actio de peculio ohne diese Beschränkung Statt finden lassen, so wäre der Herr oder Vater genöthigt gewesen, das ehemalige Sondergut fortdauernd besonders zu verwalten, um gegen Ansprüche, die den Betrag des Sonderguts überstiegen haben würden, durch Vorlegung der Rechnung sich decken zu können. Daß ihm ein Jahr lang diese Unbequemlichkeit zugemuthet wird, ist nicht unbillig*). — Uebrigens ist dieses Jahr, wie ausdrücklich bemerkt wird, ein annus utilis. Wenn also die Foderung eine bedingte ist, so läuft die Verjährungszeit erst von der Zeit an, wo durch das Eintreten der Bedingung die Klage möglich geworden ist. Sonst wird die Verjährungszeit in der Regel mit dem Tode, mit der Veräußerung oder mit der Freilassung anfangen. (Vgl. Dig. XV. 2. quando de pec. act., und l. 27. §. 6., l. 30. §. 5., l. 32. §. 1. 2., l. 33—35. D. de pec. 15. 1. Eine Anwendung enthält L. 1. §. 25. si quid in fraud. patr. 38. 5.). Haftet der Vater wegen einer vom Sohn geführten Vormundschaft, so läuft die Jahresfrist erst von der Zeit der beendeten tutela, insofern nämlich die tutelae actio nicht früher begründet ist (L. 11. D. de tut. et rat. distr. 27. 3. L. 37. §. 2. D. de adm. tut. 26. 7.). Merkwürdig ist noch eine andere Beschränkung der actio de peculio, wovon l. 30. §. 6. D. eod. spricht. Insoferne nämlich die actio de peculio eines dolus wegen Statt findet, ohne Rücksicht, ob noch etwas aus dem Sondergute vorhanden ist, soll sie an dieselbe Verjährungsfrist gebunden sein, welche der doli actio vorgeschrieben ist.

§. 270.

Aus den ädilischen Edicten über Kauf und Verkauf ist eine eigenthümliche Verjährung begründet [758]).

*) Vgl. Demelius Unters. p. 44. 45. 48.

758) Joh. Heinr. von Aschen hat diese Lehre zum Theil in einer besonderen Schrift behandelt (diss. de praescript. redh. Gotting. 1786.), die

I. Wenn nach den Grundsätzen des ädilischen Edicts wegen Mangelhaftigkeit der gekauften Sache auf Zurücknahme derselben gegen den Verkäufer geklagt wird, so ist diese Klage in der Regel auf eine Frist von sechs Monaten eingeschränkt (l. 19. §. 6. L. 38. pr. D. de aedil. ed. 21. 1.; l. 2. C. de aedil. act. 4. 58.). Diese Frist läuft von der Zeit der begründeten Verbindlichkeit an, also in der Regel von der Zeit des Kaufs, oder, wenn erst nachträglich besondere Festsetzungen über die Eigenschaften gemacht worden sind, welche eine Sache haben soll, von der Zeit dieser nachträglichen Verabredung an[759]). Die erwähnten sechs Monate sind menses utiles L. 19. §. 6. L. 55. D. ib.; es fallen also alle diejenigen Tage aus, an welchen die Möglichkeit zu klagen (potestas experiundi) gefehlt hat. Doch glaube ich nicht, daß bei versteckten Fehlern die Verjährung jedesmal erst anfange zu laufen, sobald sie dem Käufer bekannt geworden sind. Wer eine Sache kauft, der hat sofort Gelegenheit, die Fehler der gekauften Sache kennen zu lernen, und sechs Monate mochten den Aedilen hinlänglich scheinen, um auch die verborgenen Fehler aufzudecken, und noch außerdem die nöthige Zeit zur Rechtsverfolgung zu gewähren. Wäre wirklich erst von der Zeit der Aufdeckung des Mangels an gerechnet worden*), so ließe sich in der That nicht begreifen, wie die l. 19. D. cit. (vgl. Anm. 759.) sagen konnte, die sechsmonatliche Frist laufe von dem Tage des Verkaufs an, da sich schwerlich der Mangel gleich am ersten Tage zeigte. Darum

---

mir nicht zu Gesichte gekommen ist. ✠ Vgl. Glück Erl. d. Pand. Bd. 20. S. 153—161. ✠ [Des Verf. Schuldverh. Bd. II. §. 467. 472. Huschke R. d. Nexum p. 207—212. Demelius a. a. O. p. 49. 50., wobei dem letzteren so viel eingeräumt werden muß, daß die Analogie der actio auctoritatis einigen, aber doch nicht den entscheidenden Einfluß auf die Bestimmungen wegen Verjährung der ädilicischen Klagen hatte; dieser liegt vielmehr in dem Verhältniß des magistratischen zum Civilrechte und der Collision beider in den hier zur Frage stehenden Punkten.]

759) L. 19. §. 6. D. cit. „Sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit; aut, si dictum promissumve quid est, ex eo, ex quo dictum promissumve quid est." Vgl. l. 20. D. ib.

*) Wie noch neuerdings annimmt v. Wening-Ingenheim Civ.-R. Bd. II. p. 444. Sintenis Civ.-R. II. p. 622. Die Ansicht des Verf. nimmt an Puchta Vorl. Bd. II. p. 210. §. 363 a. E. Dafür ist auch die Praxis Seuffert Arch. X. 31.

soll nun aber noch keineswegs gesagt werden, daß nicht unter besonderen Umständen das Nichterkennen der Mängel, oder vielmehr eine Lage der Dinge, welche es unmöglich macht, sich von den Mängeln Kenntniß zu verschaffen, den Anfang der Verjährung wirklich hindere. Vielmehr sagt l. 55. D. cit. ausdrücklich, daß die Zeit, in welcher der Käufer eines Sklaven die Mängel desselben nicht kennen zu lernen im Stande war, weil der Sklave die Flucht ergriffen hatte, auch nicht angerechnet werden solle*). Doch wird selbst hier wieder hinzugefügt „Non idcirco tamen dissolutam ignorationem emtoris excusari oportebit." Also selbst bei einem entlaufenen Sklaven wird die Unbekanntschaft mit den Mängeln nicht unbedingt den Lauf der Verjährung hindern[760]). Wenn die Klage auf Zurücknahme eine solche ist, welche gar nicht mit Beziehung auf die Bestimmungen des ädilischen Edicts eintritt, wenn also z. B. wegen Betrugs auf das id quod interest, und insoferne dieses eben darin besteht, daß man die Sache ganz los werde, auf Zurücknahme geklagt wird, so darf die Kaufsklage keineswegs als beschränkt gedacht werden durch die in dem ädilischen Edicte aufgestellten Verjährungsfristen[761]).

II. Wenn nach den Grundsätzen des ädilischen Edicts vorgefundener Mängel halber bloß auf Schadloshaltung (quanto minoris) geklagt wird, so ist die Klagefrist eine jährige, und zwar ein annus utilis (l. 19. §. 6., l. 38. pr. D. eod. L. 2. C. de aed. act. 4. 58.). Daß in dieser Hinsicht nicht bloß die eigentliche quanto minoris actio aus dem ädilischen Edicte, sondern auch die anstatt derselben anzuwendende Kaufsklage[762]) durch die aus den Bestimmungen des ädilischen Edicts zu begründende Verjährungseinrede beschränkt ist, scheint mir nothwendig aus der Natur der Sache zu folgen, weil sonst die Be-

*) Vgl. Cuiac. Rec. sol. in Lib. XII. Resp. Pap. h. l. O. O. Tom. IV. col. 1229. Seuffert Arch. X. 31.

760) Im Arch. f. civ. Prax. (Bd. VI. S. 95.) habe ich selbst noch eine Ansicht vorgetragen, die ich jetzt nicht mehr für völlig richtig halte.

761) Man vergleiche über dieses Recht auf Zurücknahme, welches ohne Rücksicht auf die Grundsätze des ädilischen Edicts begründet ist, was ich im Arch. f. civ. Prax. (Bd. VI. S. 82. Anm. 46.) gesagt habe.

762) Auch über diese Ausdehnung der Kaufklage über ihre ursprünglichen Grenzen hinaus habe ich mich im Arch f. civ. Prax. (Bd. VI. S. 103—106.) weiter verbreitet.

stimmung des Edicts ihres Zweckes gänzlich verfehlt haben würde [763]). Damit soll aber nicht gesagt sein, daß die Kaufsklage auch in denjenigen Fällen an die ädilische Frist gebunden sei, in welchen der Anspruch auf Herabsetzung des Kaufpreises ohne alle Rücksicht auf die Bestimmung des ädilischen Edicts auf die ursprünglichen Grundsätze des Kaufes und Verkaufes gegründet wird; namentlich also, wenn der Käufer sich über Betrug beschwert, oder wegen Nichterfüllung einer ausdrücklichen Verabredung Klage erhebt. Da das ädilische Edict, welches die quanti minoris actio auf ein Jahr beschränkt, diese Fälle gar nicht berührt (vgl. l. 38. pr. D. cit.), so ist kein Grund da, eine Verjährungseinrede für dieselbe aus dem Edicte abzuleiten.

III. Das ädilische Edict läßt auch eine Klage des Käufers zu, wenn der Verkäufer wegen der ihm durch das Edict auferlegten Verpflichtungen Sicherheit zu leisten verweigert. Der Käufer kann nämlich entweder auf Zurücknahme antragen, oder er kann auf Entschädigung („quanti emtoris intersit") klagen. Im ersten Falle ist er an eine Frist von zwei Monaten, im zweiten Falle an eine Frist von sechs Monaten gebunden (l. 28. D. eod.). Daß menses utiles gemeint sind, kann wohl nicht bezweifelt werden, wenn man die Natur der übrigen Fristen des ädilischen Edicts bedenkt.

IV. Bei dem Verkaufe des Zug- und Lastviehes, welches aufgeputzt zu Markte gebracht wurde, giebt das ädilische Edict insbesondere dem Käufer das Recht, nicht nur auf Ablieferung des Ausputzes (ornamenta)*) zu klagen, sondern auch wegen Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit auf Zurücknahme der ge-

---

763) So sieht auch Thibaut (Bes. u. Verj. S. 141.) die Sache an. ⁂ Zur Bestätigung dient, daß die actio de peculio, obgleich an sich nicht auf die Frist eines halben Jahres beschränkt, dieser Beschränkung unterliegt, wenn sie ex causa redhibitionis angestellt wird L. 2. D. quando de pec. 15. 2.⁂ [Vgl. Keller in Sell's Jahrb. Bd. III. p. 162 ff. des Verf. Schuldverh. Bd. II. §. 467. Anm. bb. Sintenis Civ.-R. Bd. II. §. 116. Not. 99. p. 614 f. Seuffert Arch. X. 30.]

*) In Betreff der verschiedenen Meinungen über die Bedeutung der ornamenta s. Unterholzner Arch. f. d. civ. Prax. Bd. VI. p. 78 f. Keller in Sell's Jahrb. III. p. 132 ff. p. 152. Not. v. Vangerow Pand. III. p. 328 f. Sintenis Civ.-R. §. 116. Anm. 90. vgl. Sen. ep. 80. §. 9. L. 38. §. 11. D. cit. Bas. XIX. 10. c. 34. Eustath. cap. 14. Nro. 4. ed. Zachariae p. 147.

kauften Thiere anzutragen. In beiden Fällen ist die Klage auf sechzig Tage beschränkt (l. 38. pr. D. cit.). Auch hier ist aus gleichem Grunde an ein tempus utile zu denken.

V. Mit diesen aus dem ädilischen Edicte begründeten Verjährungsfristen steht eine Frist von „sexaginta dies utiles" in Verbindung, welche eintritt, wenn bei dem Verkaufe einer Sache ausgemacht worden ist, daß sie ohne Rücksicht auf Mängel, sobald sie nicht mehr gefiele, solle zurückgenommen werden, und nun der Käufer in Folge dieser Verabredung auf Zurücknahme dringt. Nur ausnahmsweise wird die eigenthümliche Klage (in factum), welche hier Statt findet, auch noch nach Ablauf dieser Zeit zugelassen. Doch gelten diese Bestimmungen nur, wenn über die Dauer des Zurückgeberechts nichts Bestimmtes festgesetzt ist; namentlich kann ausgemacht werden, daß dieses Recht an gar keine Zeit gebunden sein soll (l. 31. §. 22. D. eod.). Eine in factum actio wird auch für den Fall erwähnt, daß der Verkäufer gutwillig die verkaufte Sache zurücknahm*), und nun nicht das Kaufgeld herauszahlen will (l. 31. §. 17. D. eod.). Für diese in factum actio ist aber keine Verjährungszeit vorgeschrieben; auch erscheint es nicht billig, daß der Verkäufer, nachdem er die verkaufte Sache zurückerhalten hat, die Zurückerstattung des Kaufpreises wegen Ablauf der Frist sollte verweigern können. Die Anwendbarkeit der allgemeinen (dreißig- oder vierzigjährigen) Verjährungszeit zu läugnen, ist dieses freilich kein hinreichender Grund.

c. Verjährung bei den Schuldverhältnissen, die dem einheimischen Rechte angehören.

§. 271.

Da die einheimische Verjährung von Jahr und Tag von jeher nur eine sehr beschränkte Anwendung in der Lehre von der Aufhebung der Schuldverhältnisse gefunden hat (vgl. §. 257.), so war es natürlich, daß man bei den Schuldverhältnissen, die dem aus einheimischem Ursprunge hervorgegangenen Rechte eigenthümlich sind, nicht etwa daran denken darf, daß

---

*) Es liegt darin das Geständniß Seitens des Verkäufers, daß er zur Rücknahme verpflichtet sei, wodurch jede weitere Untersuchung darüber unnöthig wird. vgl. Huschke R. d. Nexum Lpzg. 1846. p. 209 f.

auf sie auch sofort jenes einheimische Verjährungsrecht angewendet werden müsse. Vielmehr findet das Römische Recht der dreißig- und vierzigjährigen Verjährung, insoferne dieses ein allgemeines ist, auch auf sie Anwendung. Ein paar besondere Untersuchungen werden aber dennoch nicht überflüssig sein.

I. Bei den Ansprüchen auf Gutsleistungen (Zinsen, Frohnen) ist es sehr gewöhnlich, daß man eine Aufhebung derselben durch Nichtgebrauch in derselben Art zuzulassen geneigt ist, wie sie bei den Dienstbarkeiten Statt findet. Dieses hängt mit der Ansicht zusammen, welche diese Ansprüche mit den Dienstbarkeitsrechten zusammenstellt, eine Ansicht, welche von mir schon an einem andern Orte (§. 254.) abgewiesen worden ist. Betrachtet man die Zins- und Frohnrechte, wie man muß, als Foderungsrechte, so können sie nur einer dreißig- oder vierzigjährigen Verjährung unterworfen sein. Es versteht sich von selbst, daß diese eben so beurtheilt werden muß, wie überhaupt die Verjährung solcher Ansprüche, welche von Zeit zu Zeit fällig werden, beurtheilt wird. Wenn also 1) dergleichen Ansprüche für immer aufgehoben werden sollen, so ist es nöthig, daß von Seiten des Verpflichteten die Verbindlichkeit überhaupt in Abrede gestellt werde (vgl. §. 260. Seuffert Arch. I. 185. II. 13. 15. 132. VIII. 286.). 2) Der Anspruch auf einzelne fällig gewordene Leistungen kann geradezu erlöschen, wenn der Anspruch dreißig oder vierzig Jahre hindurch geruht hat[764]. 5) Insoferne das Recht auf Gutsleistungen ein gegen einen dritten Besitzer geltend zu machendes (dingliches) Recht ist, welches dem Pfandrechte verglichen werden kann (vgl. §. 254.), muß auch die bei dem Pfandrechte eintretende aufhebende Verjährung Anwendung finden können. So wie also der redliche Erwerber eines verpfändeten Grundstücks nach zehn oder zwanzig Jahren[765] sich gegen Ansprüche des Pfandgläubigers schützen kann

764) Bei Grundrenten ist zwar die einzelne Zahlung nicht bedingt durch das Eintreten der Zeit, zu welcher die Zahlung geleistet werden muß (wie es bei den Leibrenten der Fall ist, bei denen es darauf ankommt, daß man diesen Zeitpunkt erlebt habe), aber die Klagbarkeit tritt doch erst durch das Fälligwerden der einzelnen Zahlungen ein; es wird also die Verjährung nicht eher anfangen können. [vgl. Seuffert Arch. III. 3.]

765) Doch mag hier z. B. an die bei den Kirchen eintretende Ausnahme erinnert werden, gegen welche keine zehn- oder zwanzigjährige, sondern nur eine vierzigjährige Verjährung möglich ist.

(vgl. §. 249.), so wird auch der redliche Erwerber eines mit Leistungen beschwerten Grundstücks binnen derselben Zeit sich den Schutz der longi temporis praescriptio gewinnen. Wer mit dem Bewußtsein der Statt findenden Belastung das Grundstück erworben hat, wird sich freilich auf diese Verjährung nicht berufen können, und wird also nur von der dreißig- (oder vierzig-) jährigen Verjährung Schutz erwarten dürfen. 4) Die Deutschen Landrechte enthalten sehr häufig ausdrückliche Bestimmungen über diese Verjährung, welche von dem, was hier gemäß den Grundsätzen des allgemeinen Rechts aufgestellt worden ist, auf sehr verschiedene Weise abweichen. So erlischt in Sachsen das Frohnrecht innerhalb einer Zeit von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen, wobei noch außerdem gefodert wird, daß der Frohnherr dreimal Gelegenheit hatte, den Dienst zu fodern, und es nicht that, oder daß der Frohndienst gefodert, aber beharrlich verweigert wurde. 5) Nach denselben Grundsätzen, nach welchen überhaupt eine aufhebende Verjährung bei Grundabgaben und Frohndiensten zugelassen wird, muß demnach auch die Möglichkeit einer Verminderung dieser Leistungen durch Verjährung behauptet werden. So kann z. B., wenn statt eines jährlichen Zinses von fünf Thalern eine geraume Zeit hindurch nur vier Thaler entrichtet worden sind, unter Voraussetzung der für die aufhebende Verjährung erfoderlichen Bedingungen eine Herabsetzung des Zinses begründet werden [766]).

II. Auch die Wechselfoderungen können nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts nur einer dreißig- (oder vierzig-) jährigen Verjährung unterworfen werden. Ob auch das Recht, die Foderung im Wege der Wechselklage zu verfolgen, so lange dauere, ist eine andere Frage. Im gemeinen Rechte wird man freilich keinen Grund finden, diese Frage zu verneinen; aber es ist nicht zu läugnen, daß die einzelnen Deutschen Wechselrechte fast allenthalben die Wechselstrenge in Verfolgung der aus dem Wechselgeschäfte begründeten Foderungen gar sehr beschränken. Gleichförmigkeit ist nicht zu erwarten. Sehr gewöhnlich finden wir ein Jahr als Verjährungszeit festgesetzt

---

766) Ueber die aufhebende Verjährung bei Grundrenten sehe man I. H. Böhmer, exerc. ad Pand. Tom. V. ex. 85.

(auch wohl Jahr und Tag), und für gezogene Wechsel zum Theil eine noch kürzere Frist von vier Wochen, einem Monate, oder sechs Wochen[767]). Diese Verjährung pflegt in der Regel denjenigen, der einen auf ihn gezogenen Wechsel angenommen hat, so wie auch den Aussteller eines eigenen Wechsels gegen die Strenge der Wechselklage zu schützen, und wird alsdann von der Verfallzeit an berechnet (wobei jedoch die Respecttage berücksichtigt werden müssen), wenn nicht eine Fristverlängerung auf dem Wechsel sich vermerkt findet; denn wenn dieses der Fall ist, so nimmt man an, daß die Verjährung erst nach Ablauf der neuen Frist anfangen könne (vgl. S. I. Kapf, resp. A. F. Banger, de prolongat. cambii eiusq. effect. Lub. 1777.). Man wird hiebei folgendes zu bemerken haben. 1) Diese eigenthümliche Wechselverjährung kann nur ausnahmsweise auch bei dem in Folge der verweigerten Annahme oder Zahlung des Wechsels eintretenden Rückanspruche (gegen den Aussteller des Wechsels oder den Indossanten) für zulässig erachtet werden. (Das Preuß. L.-R. II. 8. §. 1079. und die Hannöv. W.-O. §. 43. billigen in der That eine solche Ausnahme). Vollends verkehrt wäre es, wenn man den Anspruch desjenigen, der in Folge eines auf ihn gezogenen Wechsels Zahlung geleistet hat, auf die vorher angegebene kurze Zeitfrist beschränken wollte. 2) Zu den Ausnahmen muß es auch gerechnet werden, wenn die Gesetze bestimmen, daß diese kurze Verjährungszeit nicht bloß die Wechselstrenge ausschließen, sondern zugleich den Anspruch selbst aufheben soll. Aber diese Ausnahme ist häufig genug anzutreffen. Wir finden sie nach der Leipziger (§. 32.)

---

767) Ohne Unterschied ist die Verjährungszeit auf ein Jahr festgesetzt in der Baier. u. Oberpfälz. W. O. §. 3., in der Hannöv. W. O. §. 43. und im Preuß. L. R. II. 8. §. 903. 1079. Die Wechselordnungen von Leipzig (§. 32.), Danzig (Art. 36.), Elbing (Art. 10. 54.), Frankfurt (§. 46.) und Gotha (§. 11.) haben vier Wochen für gezogene, Jahr und Tag für eigene Wechsel; die Braunschweigische W. O. (Art. 45.) hat einen Monat für gezogene, Jahr und Tag für eigene Wechsel; die Würtembergische W. O. (Cap. 4. §. 34. 36.) vier Wochen für gezogene und ein Jahr für eigene Wechsel; die Bremer W. O. (Art. 55.) sechs Wochen für gezogene und ein Jahr für eigene Wechsel, die Altenburger (§. 12.) eine Woche für gezogene, Jahr und Tag für eigene Wechsel. Die Nürnberger W. O. (VI. §. 4.) hat nur für eigene Wechsel eine eigenthümliche Verjährung (die Frist eines Jahres); eben so das Wechselr. d. Herzogth. Magdeburg v. J. 1703. Art. 24. (Jahr und Tag).

und Braunschweigischen Wechselordnung (Art. 45.) überhaupt, nach der Bremer (Art. 55.)*) und Würtembergischen (Art. 36.) wenigstens bei den gezogenen Wechseln. Dagegen verlieren nach dem Danziger Wechselrechte (Art. 36.) gerade umgekehrt die eigenen Wechsel nach Ablauf von Jahr und Tag so ganz und gar ihre Kraft, daß der Schuldner gar nichts mehr zu bezahlen braucht. Die Elbinger Wechselordnung läßt zwar die eigenen Wechsel auch nach Ablauf der Verjährungszeit als gemeine Schuldbriefe gelten (Art. 10.), dagegen bestimmt sie in Ansehung der gezogenen Wechsel (Art. 54.), daß die vierwöchentliche Verjährung zwar nur die Wechselkraft aufheben, die Schuldverpflichtung selbst aber ein Jahr und sechs Wochen lang (von der Verfallzeit an) dauern solle. Nach der Gothaer Wechselordnung (§. 11.) ist die Wechselverjährung bei gezogenen Wechseln zugleich eine Verjährung der Foderung selbst. Nicht so bei den eigenen Wechseln, bei denen der Anspruch erst nach Ablauf von sieben Jahren erlöschen soll; eine Bestimmung, die auch in dem Magdeburger Wechselr. v. 1703. Art. 24. und in der Brandenburger W.-O. v. J. 1724. Art. 42. vorkommt. Im Zweifel darf aber der Wechselverjährung diese Wirkung nicht beigelegt werden (I. B. Wernher, enunciata fori hod. nro. 383.; Siegel, Einleit. II. 6. §. 6.)[768]). 3) Daß die Wechselverjährung durch die Anstellung der Wechselklage**) unterbrochen wird, leidet keinen Zweifel. Dasselbe muß auch behauptet werden, wenn eine Fristverlängerung erfolgt, und diese

---

*) Seuffert Arch. VIII. 168.

768) Der Leipziger Schöppenstuhl hat nach Küstner (de praescr. litt. camb. §. 27—29. vgl. d. folg. Anm.) den §. 32. der Leipziger W.-O. so ausgelegt, als ob durch die Verjährung bloß das Recht abgeschnitten würde, sich zum Beweise des Anspruchs des Wechsels zu bedienen; demnach wäre es nicht verwehrt zu klagen, wenn man anderweitigen Beweis führen, namentlich also, wenn man sich der Eideszuschiebung bedienen will. (Wenn also die W. O. sagt, es soll der Wechsel nach Ablauf der Verjährungszeit für bezahlt gehalten werden, so muß man darin bloß eine rechtliche Vermuthung suchen, die einen Gegenbeweis nicht ausschließt.) Gegen die Natürlichkeit einer solchen Auslegung dürfte sich gar Manches einwenden lassen.

**) Ebenso durch die Anmeldung im Concurse Seuffert Arch. IX. 208. (vgl. überhaupt Mothes Ueb. Wechselverj. gegen Gemeinschuldner Arch. f. Deutsch. Wechsel.-R. I. p. 266—271.), nicht aber durch vertragsmäßige Hinausschiebung der Wechselklage ebd. VII. 234.

auf dem Wechsel vermerkt worden ist*). Dagegen würde es dem Geiste des Wechselverfahrens, in welchem nur das Urkundliche berücksichtigt zu werden pflegt, entgegen sein, wenn man auch durch die bloße Anerkennung der Schuld u. dgl. [vgl. Seuffert Arch. IV. 141.] die Wechselverjährung wollte unterbrechen lassen, obgleich die gewöhnliche Verjährung dadurch allerdings unterbrochen wird**). Endlich tritt auch eine Unterbrechung ein, wenn der Wechselschuldner vor abgelaufener Verjährung sich in ein Land begiebt, wo eine längere Verjährungszeit gilt, oder auch wohl eine besondere Wechselverjährung gar nicht Statt findet. Ist freilich die Verjährung schon abgelaufen, so mag man mit Püttmann (quaest illustr. nro. 10.) annehmen, daß die bereits erloschene Wechselstrenge nicht wieder auflebt. 4) Oft ist auch verordnet, daß durch den während des Laufes eingetretenen Tod des Wechselgläubigers die Verjährung unterbrochen werden soll, so daß den Erben eine neue Verjährungsfrist zu laufen anfängt, oder eine Verlängerung verstattet ist, wie denn z. B. die Leipz. W.-O. bestimmt, daß die Erben, wenn der Gläubiger binnen Jahr und Tag stirbt, über den Ablauf des ersten Jahrs noch ein ganzes Jahr zur Wechselklage Zeit haben[769].

*) Hierdurch wird nämlich der Verfalltag des Wechsels hinausgerückt. Dagegen kann die von einem der späteren Wechselinhaber geschehene Prolongation, die ja das Verhältniß der Vormänner nicht berührt, ebensowenig wie die des einmal verfallenen Wechsels (selbst bei eigenen Wechseln), die Verjährung nicht hindern. Vgl. u. A. Kitka Erl. üb. d. Oesterr. W. O. Wien 1854. p. 72 ff. Arch. f. D. W. R. V. p. 331 f. Wegen des Laufes der neuen Verjährung im Fall der Unterbrechung s. Seuffert Arch. IV. 142. Fick Die Lehre v. d. Unterbrechung u. Wirkung d. Wechselverj. Arch. f. D. W. R. VI. p. 24 ff.

**) Wegen der Anwendbarkeit des Satzes „agere non valenti non currit praescriptio" in Wechselsachen s. Seuffert Arch. II. 321. III. 94.

769) G. W. Küstner, de menstrua et annali praescr. litter. cambialium, Lips. 1711. 4. (in Beseke thes. iur. camb. pag. 782—816.). Riccii exercit. 15. Scherer Handb. d. Wechselrechts, Bd. 3. S. 110—167. Küstner's Abhandlung beschäftigt sich vorzüglich mit der Leipziger Wechselordnung. Wo sich der Verfasser nicht auf gerichtliche Entscheidungen stützen kann, da finden wir ihn gewöhnlich schwankend. [Die allgemeine Deutsche Wechselordnung hat in dieser Materie die nöthige Einheit geschaffen und folgende einfache Grundsätze aufgestellt: Bei Verlust des wechselmäßigen Anspruchs gegen die Indossanten und den Aussteller müssen Wechsel, welche auf eine bestimmte Zeit nach Sicht lauten, in Ermangelung einer besonderen im Wechsel enthal-

3. Verjährung bei den aus unerlaubten Handlungen begründeten Schuldverhältnissen.

§. 272.

Bei den aus unerlaubten Handlungen begründeten Schuldverhältnissen ist eine eigenthümliche Beschränkung des Klagerechts sehr gewöhnlich. Bei weitem die meisten der hieher gehörigen Klagen sind lediglich im prätorischen Rechte begründet, und bei diesen ist die Beschränkung derselben auf ein Jahr der bereits an einem anderen Orte erörterten Regel allerdings gemäß (vgl. Th. 1. §. 12.). Eine Ausnahme tritt ein 1) wenn der Zweck der Klage lediglich darauf gerichtet ist, dem Gegner den Vortheil zu entreißen, den er durch die unerlaubte Handlung errungen hat (rei persecutio); 2) wenn die prätorische

---

tenen Bestimmung zwei Jahre nach der Ausstellung zur Annahme, auf Sicht lautende Wechsel in derselben Frist zur Zahlung präsentiert werden. (Art. 19. 31.). „Der wechselmäßige Anspruch gegen den Acceptanten verjährt in drei Jahren vom Verfalltage (vgl. Art. 33. Respecttage finden nicht Statt) des Wechsels an gerechnet." (Art. 77.) Die Regreßansprüche des Inhabers und des Indossanten gegen den Aussteller und die übrigen Vormänner verjähren in 3, 6 oder 18 Monaten je nach der Lage des Ortes, wo der Wechsel zahlbar war, oder der Indossant wohnt. Die Verjährung beginnt gegen den Inhaber mit dem Tage des erhobenen Protestes, gegen den Indossanten, wenn er, ehe eine Wechselklage gegen ihn angestellt worden, gezahlt hat, mit dem Tage der Zahlung, sonst mit dem Tage der ihm geschehenen Behändigung der Klage oder Ladung. (Art. 78. 79.) Art. 80. „Die Verjährung wird nur durch Behändigung der Klage unterbrochen und nur in Beziehung auf denjenigen, gegen welchen die Klage gerichtet ist. Jedoch vertritt in dieser Hinsicht die von dem Verklagten geschehene Streitverkündigung die Stelle der Klage." Art. 83. „Ist die wechselmäßige Verbindlichkeit des Ausstellers oder des Acceptanten durch Verjährung — erloschen, so bleiben dieselben dem Inhaber des Wechsels nur so weit, als sie sich mit dessen Schaden bereichern würden, verpflichtet. Gegen die Indossanten, deren wechselmäßige Verbindlichkeit erloschen ist, findet ein solcher Anspruch nicht Statt," weil hier eine derartige Bereicherung nicht wohl vorkommen kann. Diese Grundsätze gelten eben so wohl von eigenen, als von gezogenen Wechseln. (Art. 98. Nro. 10.) Von den vielfachen Bearbeitungen der A. D. W. O. nennen wir hier Ortloff A. D. W. O. mit vollst. Erläut. nach d. Protoc. d. z. Leipzg. abgehaltenen Conferenz. Jena 1848. Koch D. Wechselr. n. d. Grds. d. A. D. W. O. Bresl. 1850. Renaud Lehrb. d. gem. Deutsch., so wie des in d. A. D. W. O. enthaltenen Wechsel-R. Gieß. 1854. s. noch Stern Ueb. d. Regreß- u. Verjähr.-System d. A. D. W. O. Arch. f. W. R. IV. p. 269 ff.

Klage nach Art einer im ius civile begründeten Klage und gleichsam zur Ergänzung derselben gegeben ist, was ich insbesondere bei denjenigen Klagerechten behaupten möchte, die sich gewissermaßen an das Aquilische Gesetz anschließen, indem sie ebenfalls Beschädigung von Sachen zum Gegenstande haben *). Außerdem ist die actio furti manifesti noch aus ganz besonderen Gründen der Beschränkung auf eine Jahresfrist nicht unterworfen worden **). Auch mag bemerkt werden, daß bei Strafansprüchen gegen die Wirkungen einer Versäumniß schon nach allgemeinen Grundsätzen (l. 37. pr. D. de minor. 4. 4.) keine in integrum restitutio Statt finden kann.

§. 273.

Was die aus einer Beschädigung begründeten Ansprüche betrifft, so ist es I. ganz der Regel gemäß, daß die aus dem Aquilischen Gesetze begründete Schadensklage nicht besonders beschränkt ist, und also bloß der praescriptio XXX vel XL annorum unterliegt. II. Dasselbe gilt auch sehr natürlich von der schon nach dem Rechte der zwölf Tafeln begründeten Schadensklage wegen pauperies. III. Dagegen sollte man erwarten, daß die Klage über Sklavenverführung (de servo corrupto), als eine aus dem prätorischen Edicte begründete Klage, an die Frist eines Jahres gebunden sei; sie gehört aber zu den nicht eigends eingeschränkten Klagen (l. 13. pr. D. de serv. corr. 11. 3.), und ist also bloß als eine besondere Anwendung der Aquilischen Klage behandelt, welche übrigens den Vortheil gewährt, daß man den Anspruch sogleich auf den doppelten Werth richten kann [770]). IV. Auf gleiche Weise ist die in factum actio,

---

*) Darüber, daß auch die utilis actio und die in factum ad exemplum legis Aquiliae gegebene Klage die Eigenthümlichkeit der directa in Betreff der Abschätzung des Werthes von dem beschädigten Objecte theile, s. Glück Comm. Bd. X. p. 337 ff. Schrader Comm. ad Inst. p. 612 sq. Unterholzner Schuldverh. §. 672. Not. b. v. Vangerow Pand. III. p. 606.; es bleibt also hier auch der pönale Zusatz post annum wirksam. Vgl. indessen Thibaut Pand. §. 552. Mühlenbruch Cession p. 160 ff. Not.

**) Vgl. unten p. 342.

770) Man wird geneigt sein, das hier eintretende Wegfallen der jährigen Dauer daraus zu erklären, weil die actio de servo corrupto keine poenalis actio sei, sondern eine rei persecutoria. In der That betrachtet Gaius

welche Statt findet, wenn Jemand unbefugter Weise eine Leiche auf fremdem Grund und Boden beigesetzt hat, an keine besondere Verjährungszeit gebunden*) (L. 7. pr. D. de relig. 11. 7.). V. Die Klage wegen einer verstohlnerweise vorgenommenen Baumfällung (arborum furtim caesarum) ist schon als eine aus den zwölf Tafeln begründete Klage (l. 1. l. 11. D. arborum furtim caesarum 47. 7.; Gai. IV. 11.) nicht auf die Frist eines Jahres einzuschränken (l. 7. §. 6. D. ibid.). VI. Die Doppelentschädigungsklage**), welche wegen unerlaubten Ausgießens oder Herauswerfens auf die Gasse nach prätorischem Rechte Statt findet, ist ebenfalls, weil sie sich an die Aquilische Klage anschließt, nicht an die gewöhnliche Jahresfrist gebunden (l. 5. §. 5. D. de his, qui effud. 9. 3.). Dasselbe gilt, wenn ein freier Mensch, der bei einer solchen Gelegenheit beschädigt worden ist, einen Anspruch auf eine nach billigem Ermessen zu bestimmende Buße geltend macht, nicht aber wenn dieser Anspruch von einem Dritten als popularis actio verfolgt wird (vgl. §. 283.). Die funfzig Goldstücke, welche gefodert werden können, wenn der Tod eines freien Menschen herbeigeführt worden ist, können niemals anders als binnen Jahresfrist gefodert werden, weil die Klage hier allemal die Natur einer popularis actio hat (vgl. ebd.). VII. Was von dieser prätorischen Klage gesagt ist, das

---

(IV. 9.) die Aquilische Klage (damni iniuriae) an sich als eine rei persecutoria, denn er stellt sie nur aus Rücksicht auf die Möglichkeit einer durch das Abläugnen herbeizuführenden Verdoppelung unter die gemischten Klagen. Auch in den Institutionen Justinian's wird die Aquilische Klage nicht ihres Wesens halber, sondern zum Theil nach der von Gaius aufgestellten Ansicht, zum Theil wegen der Art und Weise, wie die Abschätzung des Schadens erfolgt, als eine poenalis actio betrachtet (§. 9. 14. I. de leg. Aquil. 4. 3.). Allein es scheint mit der Art, wie die in factum actio, welche gegen den missus in possessionem Statt findet (vgl. §. 281. II.), und wie die in factum actio gegen den falsus tutor (vgl. §. 281. VIII.) behandelt wird, keineswegs übereinstimmend, daß man die Aquilische Klage ihrem Wesen nach als eine rei persecutoria betrachte. Vgl. v. Löhr, Theor. d. culpa §. 18. [Zu den von Savigny s. g. einseitigen Strafklagen gehört sie allerdings s. v. Savigny Syst. Bd. V. p. 57., hierzu kommt dann die eigenthümliche Abschätzung des Werths der Sache und die Litiscrescenz als reine poena.]

*) Diese Klage ist abgesehen von der damit verbundenen arbiträren Geldstrafe rein erhaltend und geht deshalb auch passiv auf die Erben über L. 7. pr. D. cit. L. 2. §. 2. D. eod.

**) Vgl. des Verf. Schuldverh. Bd. II. §. 730. 731.

muß auch gelten, wenn derjenige, der durch ein verbotwidriges Halten gefährlicher Thiere in der Nähe eines öffentlichen Pfades Veranlassung gewesen ist, daß ein freier Mensch Schaden genommen, oder daß sonst eine Beschädigung Statt gefunden hat, aus dem ädilischen Edicte auf eine nach Ermessen zu bestimmende Buße oder auf Ersatz des Doppelten belangt wird, obgleich in der L. 40. §. 1. L. 41. 42. D. de aedil. ed. 21. 1. [cf. Paul. R. S. I. 15. §. 2.] eine ausdrückliche Bestimmung darüber fehlt. VIII. Auch die in factum actio, mit welcher derjenige, der die cautio damni infecti nicht geleistet und zugleich die von dem Gerichte verfügte Einweisung in den Besitz des Grundstücks erfolglos zu machen gewußt hat, eben so in Anspruch genommen werden kann, als ob er die verlangte Sicherheit wirklich geleistet hätte, findet sich [wegen ihrer Eigenschaft als Ersatzklage] nicht auf Jahresfrist beschränkt (l. 17. §. 3. D. de damn. inf. 39. 2.).

§. 274.

Was die aus einer Entwendung begründeten Klagerechte*) betrifft, so ist es I. ganz der Regel gemäß, daß die condictio furtiva, theils als civilis actio, theils weil sie die Verfolgung des Seinigen zum Zwecke hat, an sich durch keine Zeitfrist beschränkt ist, und nur durch die praescriptio XXX vel XL annorum ausgeschlossen werden kann, wobei man, wenn die Grundsätze des kirchlichen Rechts berücksichtigt werden, doch noch in Beziehung auf den Entwender selbst eine Einschränkung machen muß, weil dieser in unredlichem Besitze sich befindet (l. 21. §. 5. D. de act. rer. am. 25. 2.). II. Die rerum amotarum actio ist im Grunde nur eine besondere Form der condictio furtiva (l. 26. D. ib.), und daher eben so wenig als jene an eine Jahresfrist gebunden (l. 21. §. 5. cit.)[771]. III. Die verschiedenen

*) Vgl. d. Verf. Schuldverh. §. 327—330.

771) Es dürfte sich nachweisen lassen, daß überhaupt die condictio furtiva mehr noch von einer obligatio quae ex delicto nascitur an sich trägt, als von einer obligatio quae quasi ex contractu nascitur. Vgl. v. Löhr a. a. O. S. 107. Anm. [Diese in der ersten Ausgabe ausdrücklich abgelehnte Meinung ist besonders von Francke Beitr. z. Erl. einz. R.mater. Gött. 1828. p. 28—41. weiter ausgeführt; s. dag. namentl. v. Savigny Syst. Bd. V. p. 551—564. Sintenis Civ.-R. §. 109. Not. 123. v. Vangerow Pand. III. p. 593 f.]

auf eine Buße gerichteten Klagen, welche der Entwendung wegen begründet sind, stammen zum Theil aus den XII Tafeln und unterliegen darum keiner besonderen Zeitbeschränkung. So die Klage auf das Doppelte wegen des furtum nec manifestum, (Gai. III. 190.) und die auf das Dreifache wegen eines furtum conceptum oder oblatum (Gai. III. 191.). Dagegen rührt die Klage auf das Vierfache wegen furtum prohibitum, [so wie die nur in §. 4. I. de obl. q. ex del. 4. 1. erwähnte actio furti non exhibiti*)] aus dem prätorischen Edicte her (Gai. III. 192.) und war also ohne Zweifel jährig. Die Klage auf das Vierfache wegen furtum manifestum stammte gleichfalls aus dem prätorischen Edicte, während die XII Tafeln eine peinliche Strafe festsetzten (Gai. III. 189.). Darnach hätte auch sie jährig sein müssen; allein diese Beschränkung erschien der unverjährbaren actio furti nec manifesti gegenüber ungereimt (Gai. IV. 111. pr. I. de perp. et temp. act. 4. 12.)**). ✠ IV. Die durch das prätorische Recht eingeführte Klage über Raub (vi bonorum raptorum) ist, insoferne sie auf das Vierfache geht, ganz der Regel gemäß auf Jahresfrist („intra annum utilem") eingeschränkt (l. 2. §. 13. D. vi bon. rapt. 47. 8.)[772]. V. Die Klage wegen diebischer Baumfällung (arborum furtim caesarum) ist nicht auf gleiche Weise eingeschränkt, denn dieses Klagerecht schreibt sich, wie ich bereits bemerkt habe (vgl. §. 273. V.), aus den zwölf Tafeln her. ✠VI. Eine actio dupli findet Statt gegen einen Freigelassenen, der als statu liber etwas von den Erbschaftssachen entwendet oder beschädigt hat; und zwar intra annum utilem L. 1. pr. D. si is qui test. 47. 4.✠

---

*) Vgl. Schrader Comm. ad Inst. p. 585. Demelius a. a. O. p. 29.

**) Den juristischen Grund für diese Erscheinung hat Gaius a. a. O. erkennbar genug angedeutet, Huschke (Gaius p. 121.) klar ausgesprochen; „als der Prätor seine Klage auf das Vierfache einführte, geschah dieses auf Grundlage der alten intentio iuris civilis mit bloßer Veränderung der condemnatio."

772) Wie wir jetzt aus Gaius (IV. 8.) sehen, so gab es bei den Römern Rechtsgelehrte, welche das Vierfache, worauf diese Klage gerichtet ist, als eine reine poena betrachteten, und daher noch außerdem eine rei vindicatio oder condictio (furtiva) zuließen; diese konnten nach Ablauf des Jahres die actio vi bonorum raptorum gar nicht weiter gestatten. Betrachtet man diese Klage zugleich als rei persecutoria, so muß man sie nach Ablauf des Jahres wenigstens in Ansehung des Einfachen gelten lassen.

§. 275.

Das Römische Recht kennt ferner mehrere klagbare Ansprüche, welche sich auf das widerrechtliche Beginnen beziehen, das sich Jemand bei baulichen Anlagen und Veränderungen hat zu Schulden kommen lassen. I. Das interdictum quod vi aut clam ist jährig; und zwar in der Art, daß der Anfang des Jahres mit dem besonderen Fertigwerden des baulichen Unternehmens gerechnet wird (l. 15. §. 3—6. D. quod vi 43. 24.)*). II. Dagegen ist das interdictum restitutorium, welches durch eine widerrechtliche Verletzung der novi operis nuntiatio begründet wird, keinesweges einer gleichen Beschränkung unterworfen (l. 20. §. 6. D. de O. N. N. 39. 1.). Aus allgemeinen rechtlichen Gründen wüßte ich diese Verschiedenheit nicht zu erklären, welche übrigens durch ihre Zweckmäßigkeit gerechtfertigt zu werden scheint**). III. Die aquae pluviae arcendae actio, welche insbesondere auf Bauwerke sich bezieht, die den natürlichen Wasserlauf auf eine widerrechtliche Weise verändern, kann schon deswegen nicht auf eine Jahresfrist beschränkt sein, weil sie aus den zwölf Tafeln herstammt (vgl. l. 21. pr. D. de statulib. 40. 7. mit l. 22. §. 2. D. de aq. pluv. arc. 39. 3.).

§. 276.

Zu den durch unerlaubte Handlungen begründeten Schuldverhältnissen kann man auch die durch grundlose Verweigerung der exhibitio entstehenden Klagansprüche zählen. I. Bei der Klage ad exhibendum kann von einer Beschränkung auf ein Jahr nicht die Rede sein, da diese Klage nicht aus dem prätorischen Rechte abzuleiten ist, sondern dem ius civile ihren Ursprung verdankt. II. Bei dem interdictum de liberis exhibendis***) muß aus einem andern Grunde die Beschränkung auf

*) Vgl. Schmidt Interd. p. 102. 103. 117.

**) Vgl. auch Schmidt a. a. O. p. 125 a. E.

***) Dasselbe würde von den Interdicten de liberis ducendis und de uxore exhibenda ac ducenda gelten müssen. Indessen ließe sich doch noch eine Verjährung bei fortgesetzter Zurückhaltung der Kinder und Ehefrau denken. Der entscheidende Grund ist eben der, daß alle nicht ausdrücklich beschränkten Interdicte perpetua sind.

die Frist eines Jahres wegfallen. Dieses interdictum bezweckt nämlich einzig und allein die Beseitigung des Hindernisses, welches der Ausübung der väterlichen Gewalt auf eine widerrechtliche Weise in den Weg gelegt wird, und hat mit einer Vermögensentschädigung, die hier als unmöglich erscheint, nicht einmal mittelbar etwas zu schaffen. Es wird also dieses interdictum überhaupt nur so lange Statt finden, als jenes Hinderniß dauert; mit dem Wegfallen desselben muß es von selbst aufhören, ohne daß es erst einer Verjährung bedürfte. III. Der klagbare Anspruch gegen den argentarius auf Vorweisung der Rechnungsbücher oder vielmehr auf die wegen verweigerter Vorweisung zu leistende Schadloshaltung (vgl. l. 10. §. 3. D. de edend. 2. 13.) ist dagegen auf Jahresfrist beschränkt (l. 13. D. ib.). Diese wird natürlich von der Zeit an zu rechnen sein, da es gewiß geworden ist, daß man durch die Weigerung des argentarius einen Vermögensverlust erlitten hat, also von der Eröffnung des ungünstigen Urtheils. IV. In Vergleichung mit dieser Bestimmung mag es auffallen, daß von dem interdictum de tabulis exhibendis ausdrücklich bemerkt wird, es könne auch noch nach Jahresfrist gebraucht werden (l. 3. §. 16. D. de tab. exh. 43. 5.). Aber dieses interdictum ist hauptsächlich dazu da, um die hartnäckige Weigerung zu bezwingen, und es ist mehr zufällig, wenn eine Verurtheilung auf das id quod interest erfolgen muß (l. 3. §. 11. D. ib.), weil entweder die Hartnäckigkeit, der obrigkeitlichen Befehle ungeachtet, fortdauert, oder die Erfüllung des Anspruchs durch die widerrechtliche Handlungsweise des in Anspruch Genommenen unmöglich geworden ist (si dolo fecit, quo minus exhibere possit). Tritt der Fall einer solchen Verurtheilung ein, so führt das interdictum offenbar zu einer poena contumaciae (l. 3. §. 14. D. ib.); da aber die eigentliche Natur des interdictum dadurch nicht verändert wird, so erklärt es sich, wie dennoch von einer Jährigkeit desselben nicht die Rede ist*).

---

*) Man muß m. a. W. zwischen interdictum und actio ex interdicto unterscheiden; die letztere verjährt auch hier in einem Jahre. Paul. S. R. IV. 7. §. 6. vgl. Schmidt a. a. O. p. 119. In anderer Weise sucht der Verfasser Schuldverh. §. 380. Not. l. L. 3. §. 16. D. cit. mit der Nachricht des Paulus zu vereinigen.

§. 277.

Mehrere klagbare Ansprüche gehen aus widerrechtlichen Veräußerungen hervor.

I. Die in factum actio wegen einer alienatio iudicii mutandi causa facta ist durch das prätorische Edict auf Jahresfrist beschränkt[773]. Natürlich ist hier an einen annus utilis zu denken (vgl. §. 87.). Mehrere, z. B. Duarenus (in tit. Dig. IV. 2., opp. p. 138.) und Glück (Erl. d. Pand. Th. 6. S. 57.), behaupten freilich, daß in Folge der l. ult. C. de temp. in int. rest. 2. 53. ein quadriennium continuum an die Stelle des annus utilis getreten sei. Dieses kann aber um so weniger gebilligt werden, als von dieser in factum actio nirgens gesagt wird, daß sie die Stelle einer in integrum restitutio vertrete, so daß man dieses nur aus der Stellung schließen muß, welche ihr in den Digesten unmittelbar hinter den in integrum restitutiones angewiesen ist*). Doch auch abgesehen davon würde die Anwendbarkeit der l. ult. cit. noch zu läugnen sein, weil die Verordnung bloß auf die eigentlichen in integrum restitutiones bezogen werden muß, und keine Ausdehnung auf Klagen verstattet, welche bloß die Stelle einer in integrum restitutio vertreten (vgl. Th. 1. §. 87.).

II. Die Ansprüche, welche durch Veräußerungen begründet werden, bei denen es auf die Beeinträchtigung der Gläubiger abgesehen ist (die unter dem Namen der Pauliana actio bekannte [Klage]**) und das interdictum fraudatorium [nebst der ihm nachgebildeten in factum actio***)] sind in dem prätorischen Edicte ausdrücklich auf Jahresfrist beschränkt. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß dieses ein annus utilis ist[774]. Der Grund die-

773) L. 6. D. de alien. iud. mut. caus. 4. 7. Die l. 7. ib. giebt den Grund an „quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari." Diese Klage wurde auch gegen den Erben nicht zugelassen (l. 5. §. ult. ib.).

*) Vgl. Bd. I. Anm. 496.

**) Vgl. Huschke Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. XIV. p. 50 ff.

***) S. ebend. p. 77 ff.

774) L. 1. pr. D. quae in fraud. cred. 42. 8. „. . . . Intra annum, quo experiundi potestas fuerit . . . ." L 10. pr. D. ib. „. . . . Si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est . . . ." L. 6. §. 14. D. ib. „Huius actionis annum computamus utilem, quo expe-

ser Beschränkung ist leicht einzusehen, wenn man bedenkt, daß hier von einem Anspruche die Rede ist, der gegen die Theilnehmer des Betrugs gerichtet werden soll; es kann hier, wie bei der in factum actio wegen einer alienatio iudicii mutandi causa facta gesagt werden „pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari." Zwar ist die [in factum actio] auch gegen solche zulässig, welche an dem Betruge keinen Antheil gehabt haben, setzt aber dann voraus, daß der in Anspruch Genommene sich in Folge der betrüglichen Veräußerung wirklich bereichert findet, und wenn dieses der Fall ist, findet ohnehin die Klage auch noch „post annum" Statt (l. 10. §. 24. D. quae in fraud. cred. 42. 8.), so daß nur die dreißigjährige oder vierzigjährige Verjährung ihr ein Ziel setzt. Eine Verwandlung des in den angeführten Stellen enthaltenen annus utilis in ein quadriennium continuum durch die l. ult. C. de in inst. rest. 2. 53. kann übrigens um so weniger behauptet werden, als die Klage der Gläubiger wegen betrüglicher Veräuße-

---

riundi potestas fuit, ex die factae venditionis." Der „dies factae venditionis" ist nicht der dies alienationis in fraudem creditoris factae, sondern der dies venditionis bonorum, wie man aus l. 10. §. 18. D. ib. sehen kann. Ehe nämlich die Gläubiger die Paulische Klage anstellen können, muß erst entschieden sein, daß sie aus dem Reste des Vermögens wirklich nicht mehr befriedigt werden können. Vgl. Voet, comm. ad Pand. XLII. 8. §. 13. [Seuffert Arch. III. 247. 248. vgl. des Verf. Schuldverh. Bd. II. p. 98. Anders Huschke a. a. O. p. 64. 65. 98. 99. Er bezieht L. 10. §. 18. auf die Verjährung der actio in factum, die erst nach geschehener bonorum venditio zuständig wurde, (L. 10. §. 1. L. 25. §. 7. D. eod. L. 5. C. eod. 7. 75. s. Huschke a. a. O. p. 88. Not. 2.) also auch erst von da ab verjähren konnte; L. 6. §. 14. deutet er auf die Pauliana, welche von dem immittierten Gläubiger oder dem curator bonorum schon vor der Distraction des in Concurs gerathenen Vermögens angestellt werden darf (vgl. Huschke a. a. O. p. 39 ff. Cic. ad Att. I. 1. §. 3.); die Verjährung muß deshalb bereits mit der betrüglichen Veräußerung beginnen. Hiergegen erhebt Brinz Pand. I. p. 533. wegen L. 10. §. 1. D. cit. Widerspruch. Wenn dort gesagt sei, die fraus berechtige nur dann zur Klage, wenn sie eventum gehabt habe, so gelte das nothwendiger Weise von der Pauliana und dem Interdict ebenso wie von der in factum actio. — Allein, handelt die ganze L. 10. D. cit. ausschließlich von der letzteren, so ist in dem „si bona vendiderunt" nicht schon ausgesprochen, daß auch bei den übrigen Rechtsmitteln der eventus in derselben Art gefordert werde, zumal es dem Juristen zunächst nur darauf ankommt, die Identität der Betrogenen und der Concursgläubiger hervorzuheben, wie Brinz selbst einräumt.]

rung in den Digesten nicht einmal mit den in integrum restitutiones zusammengestellt wird, wie denn auch in der That von der Wiederherstellung eines den Gläubigern verloren gegangenen Rechts nicht die Rede sein kann, da ja diese erst durch die missio in possessionem rei servandae causa ein Pfandrecht an dem Vermögen erhalten sollten, welches ihnen durch die betrügliche Veräußerung vereitelt wurde. Ob die Beschränkung auf Jahresfrist auch angenommen werden darf, wenn es der Staatsschatz ist, der gegen die ihn beeinträchtigende Verminderung des Vermögens Ansprüche erhebt, mag zweifelhaft scheinen. Daß derselbe in dieser Hinsicht anderweitig sehr bevorzugt ist, kann nicht geläugnet werden (vgl. l. 18. §. 10., l. 45. pr. D. de I. F. 49. 14.); aber es läßt sich doch immer nicht beweisen, daß dieser Vorzug auch die Verjährungszeit betreffe[775]).

III. Man wird geneigt sein, das, was von der Pauliana actio in Ansehung der Verjährung gilt, auch auf die Faviana und Calvisiana actio zu übertragen, indem diese sich auf eine Widerrechtlichkeit ähnlicher Art beziehen. Dennoch spricht Ulpian von einer „in perpetuum“ Statt findenden Klagbarkeit (l. 3. §. 1. D. si quid in fraud. patr. 38. 5.), wobei er als Grund angiebt, weil es auf rei persecutio abgesehen sei. Aber entscheidet dieß, und kann man nicht auch hier sagen „pertinet

---

775) Dabelow (Lehre vom Concurse der Gläub. Ausg. 2. S. 452.) nimmt an, die Klage, welche dem Staatsschatze zusteht, sei eine „actio directa ex iure civili,“ folglich könne nur die vierzigjährige Verjährung wirksam sein. Er beruft sich zum Beweise seines Vordersatzes auf l. 18. §. 10. D. de I. F. 49. 14. Dort heißt es „Papinianus . . . . scribit, ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui, cum erat creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem, aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam. Sed placet omnimodo, ei pecuniam auferendam esse, etiamsi ignoravit, cum consumeret. Et postea quidam Principes directam actionem competere, ablata pecunia, rescripserunt, ut et Marcellus lib. VII. Dig. scribit.“ Allein die hier erwähnte directa actio ist ja die Klage, welche man dem Gläubiger, dem das empfangene Geld weggenommen wird, zu dem Ende einräumt, damit er nicht unbilligerweise leide. Eigentlich müßte ihm die Foderung des Staatsschatzes an den gemeinsamen Schuldner abgetreten werden; der Kürze wegen erhält er eine directa actio, ohne daß es erst einer Abtretung bedürfte. Auf ähnliche Weise wird dem Gläubiger nach l. 20. D. eod. eine *utilis* actio gegen seinen früheren Bürgen gegeben, der durch die Rückzahlung frei geworden war. ♣vgl. auch L. 2. C. de deb. civ. 11. 32.♣

quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari"? Der wahre Grund ist, weil die Faviana (so wie die Calvisiana) actio gar nicht als ein aus einer unerlaubten Handlung begründetes Klagerecht behandelt ist, indem derjenige, gegen welchen der Anspruch gerichtet wird, ganz vorwurfsfrei sein kann (l. 1. §. 4. D. ib.). Mit dieser Ansicht hängt zusammen, daß hier der Satz „noxa caput sequitur" nicht angewendet wird, wenn z. B. der Sklave, an welchen die dem patronus schädliche Veräußerung gemacht worden ist, gestorben oder freigelassen worden ist, sondern daß vielmehr die annalis de peculio actio Anwendung findet (l. 1. §. 24. 25. D. ib.), während bekanntlich die actio de peculio bei den actiones ex delicto oriundae unzulässig ist.

§. 278.

Unter den Schuldansprüchen, welche durch eine gewaltthätige Handlungsweise begründet werden, mögen diejenigen den Anfang machen, welche aus gewaltsamen Besitzstörungen entspringen.

I. Das interdictum unde vi*) gehört ohne allen Zweifel zu denjenigen, welche auf ein Jahr beschränkt sind; aber die Beschränkung fällt weg, insoferne das interdictum gebraucht werden soll, um dem Besitzräuber den Gewinn zu entreißen, den er in Folge seiner Gewaltthätigkeit fortdauernd in Händen hat[776]. Daß hiebei an einen annus utilis gedacht werden muß, würde sich von selbst verstehen; es wird aber auch noch besonders berichtet (l. 1. §. 39. D. de vi 43. 16.; l. 2. C. unde vi 8. 4.). Wenn Constantin der Große bestimmt, es solle im Falle einer auf den Besitzungen eines Abwesenden verübten gewaltthätigen Vertreibung der Stellvertreter der Zurückkehrende, ohne Rücksicht auf die inzwischen abgelaufene Verjäh-

---

*) Vgl. Schmidt Interd. p. 117. 118. 121.

776) L. 1. pr. D. de vi 43. 16. „Praetor ait: Unde tu illum vi deiecisti, aut familia tua deiecit, de eo', quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo *intra annum, post annum de eo, quod ad eum, qui vi deiecit, pervenerit, iudicium dabo.*" L. 3. §. 12. D. eod. l. 7. §. 5. D. comm. div. 10. 3.; l. 4. D. de interd. 43. 1. L. 35. pr. D. de O. et A. 44. 7. In dem interdictum de vi armata fehlte diese Beschränkung auf ein Jahr (Cic. ep. ad fam. XV. 16.), im Justinianischen Rechte kommt aber diese Verschiedenheit nicht weiter vor (vgl. v. Savigny's Recht d. Bes. S. 546.)

rungszeit, befugt sein, den Besitzräuber in Anspruch zu nehmen (l. 1. Th. C. unde vi 4. 22.; l. 1. I. C. si per vim 8. 5.), so enthält diese Verordnung wenig Neues; denn da der annus utilis in Ermangelung der Gelegenheit (potestas experiundi) nicht läuft, so wird in vielen Fällen der Abwesenheit ohnehin der Lauf der Verjährung nicht anfangen können (vgl. Th. 1. §. 87.). In der angeführten Constantinischen Verordnung ist nun aber freilich die Rücksicht auf den Abwesenden so weit getrieben, daß gegen ihn, so lange er abwesend ist, die Verjährungszeit niemals ihren Anfang nimmt; eine Bestimmung, die keine Ausdehnung erlaubt. Als Justinian in der L. 11. C. u. v. 8. 4. eine eigenthümliche Anwendung des interdictum de vi für den Fall einer in Abwesenheit des Besitzers ohne eigentliche Gewaltthätigkeit erfolgten, eigenmächtigen Besitzergreifung festsetzte, verordnete er zugleich ausdrücklich, daß hier der Anspruch nur einer dreißigjährigen Verjährung unterliegen solle.

II. Auch bei dem interdictum uti possidetis [776a]) finden wir eine Jahresfrist erwähnt (l. 1. pr. D. uti poss. 43. 17.). Es wird also, wenn wegen einer Besitzstörung in Folge dieses Edicts geklagt wird, bei der Abschätzung des Schadens nur auf diejenigen Störungen Rücksicht genommen werden können, welche innerhalb des letzten Jahres Statt gefunden haben. In soweit der Störende durch seine Verletzung gewonnen hat, wird jedoch nach allgemeinen Grundsätzen (l. 4. D. de interd. 43. 1.) die Klage nicht auf die Frist eines Jahres zu beschränken sein. Daß man sich die Jahresfrist als einen annus utilis zu denken hat, ergiebt sich schon aus den Worten des Edicts (l. 1. pr. cit. „intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit") *).

III. Bei dem interdictum de superficiebus muß der Natur der Sache nach das bei dem interdictum uti possidetis geltende

---

776a) Vgl. Albert Ueb. d. int. uti poss. d. Röm. Halle 1824. p. 210—218.

*) Darüber, daß L. 1. pr. D. cit. von dem agere ex interdicto reddito spricht, vgl. Keller Zeitschr. f. gesch. R.-W. Bd. XI. p. 307. 308. Rudorff ebd. p. 359. 360. Schmidt a. a. O. p. 118. 119.; erst im Justinianischen Verfahren, wo eine besondere Ertheilung des Interdictes nicht Statt fand, kann man sich so ausdrücken, das Interdict, d. h. aber auch hier die actio ex interdicto, die von dem alten Interdictsproceß allein noch übrig geblieben ist, verjährt in einem Jahre. Ueber die Natur dieser Klagen s. Schmidt a. a. O. p. 262.

Recht angenommen werden, obgleich die Einſchränkung des Anſpruchs auf ein Jahr nicht ausdrücklich erwähnt wird (vgl. l. 1. D. de superf. 43. 18.).

IV. Bei dem interdictum utrubi konnte urſprünglich von einer Beſchränkung auf Jahresfriſt gar nicht die Rede ſein; denn da bei dieſem interdictum derjenige ſiegte, welcher in dem letztverfloſſenen Jahre die längere Zeit hindurch den Beſitz gehabt hatte (l. 1. §. 1. D. de utrubi 43. 31.; Gai. IV. 150.; Paul. S. R. V. 6. §. 1.), ſo verſtand es ſich von ſelbſt, daß nach Ablauf eines Jahres mit dieſem interdictum auf keinen Fall mehr etwas auszurichten war, auch wenn es nicht ausdrücklich geſagt wurde; es war ſogar ſchon genug, wenn Jemand auch nur mehr als ein halbes Jahr im Beſitze geweſen war, um ihn gegen das interdictum utrubi vollkommen ſicher zu ſtellen [777]). Wenn nun aber nach dem, was uns in der l. 1. §. 1. D. de utrubi 43. 31. berichtet wird, für das Juſtinianiſche Recht das interdictum utrubi dem interdictum uti possidetis in ſeiner Kraft gleich geſtellt iſt, ſo ſcheint es mir ganz nothwendig, daß wir auch die Zeitbeſchränkung von dem interdictum uti possidetis auf das interdictum utrubi übertragen [778]).

V. Die auf einzelne Arten des Dienſtbarkeitsbeſitzes ſich beziehenden interdicta tragen meiſtens ſchon inſoferne eine Zeitbeſchränkung an ſich, als ſie bloß denjenigen ſchützen, der in der letzten Zeit einen Beſitz ausgeübt hat; daher war es nicht nöthig, dieſe interdicta noch einer weiteren Beſchränkung zu unterwerfen. So z. B. muß derjenige, der ſich über die Störung in Ausübung einer Wegegerechtigkeit beklagen will, die Wegegerechtigkeit im Laufe des letzten Jahres wenigſtens an dreißig

---

777) Dagegen kann man nicht ſagen, wenn Jemand über ein halbes Jahr mit der Verfolgung ſeines Beſitzes gezögert habe, ſo ſei ihm dadurch alle Hoffnung abgeſchnitten geweſen, mit dem interdictum utrubi etwas auszurichten; denn es konnte ſein, daß mittlerweile der Beſitz in mehreren Händen geweſen war, und zwar ſo, daß kein Zuſammenhang dabei Statt fand, ſo daß alſo ſein Beſitz verhältnißmäßig doch immer am längſten gedauert hätte. Vgl. l. 156. D. de V. S. 50. 16. „Maiore parte anni possedisse quis intelligitur, etiamsi duobus mensibus possederit, si modo adversarius eius aut paucioribus diebus aut nullis possederit.“

778) Dieſe Meinung hat jetzt auch mit Recht v. Savigny (R. d. Beſ. S. 505.) angenommen.

verschiedenen Tagen ausgeübt haben [778a]). Wenn man ferner das interdictum gebrauchen will, welches wegen Störungen in Ausübung eines Bewässerungsrechtes Statt findet, so muß man von dem Bewässerungsrechte im Laufe des letzten Jahres wenigstens einmal [im guten Glauben] Gebrauch gemacht haben; bei Bewässerungen, die nur im Sommer oder im Winter gebraucht werden, genügt es, wenn in den letzten anderthalb Jahren ein Gebrauch Statt gefunden hat (l. 1. pr. §. 10. 19. 31—36., l. 6. D. de aq. quot. 43. 20.). Dieselben Bedingungen gelten, wenn man durch ein interdictum die Störungen beseitigen will, welche der Instandsetzung der Bewässerungsgraben in den Weg gelegt werden (l. 1. pr., l. 3. §. 7. D. de riv. 43. 21.). Auf ähnliche Weise sind die interdicta, durch welche man die Störungen beseitigt, welche dem Wasserschöpfen oder der Instandsetzung der Schöpfanstalten in den Weg gelegt werden, an die Bedingung gebunden, daß im Laufe des letzten Jahres wenigstens einmal Wasser geholt worden sei (l. un. pr. §. 3. 6. 11. D. de fonte 43. 22.).

VI. Bei dem interdictum, welches eintritt, wenn die Reinigung oder Ausbesserung der Abzugsgräben (cloacae) gestört wird, finden wir eine Beschränkung auf die Frist eines Jahres nicht erwähnt (l. 1. pr. D. de cloacis 43. 23.)*).

778a) L. 1. pr. §. 2. 3. D. de itin. 43. 19. vgl. v. Savigny a. a. O. p. 593 ff. Albert üb. d. Bes. unkörp. Sach. Nro. I. §. 198—200. [Der Verf. bekennt sich Schuldverh. II. §. 283. p. 157. zu der Ansicht Althof's (Das interd. de itin. Rinteln 1836.), Hoffmann's (Serv. II. p. 268 ff.) und Vangerow's (Pand. §. 355. Anm. 1.), wonach es genügt, wenn die aus dem letzten Jahre erweislichen Besitzhandlungen „einen Zeitraum von dreißig Tagen einschließen." Allein diese Erklärung der Worte in L. 1. §. 2. D. cit. „si modo anno usus est vel modico tempore, id est non minus quam triginta diebus" ist schon aus sprachlichen Gründen unzulässig vgl. Puchta Pand. §. 139. Not. o.; weitere Citate s. bei v. Vangerow a. a. O. Daß übrigens für Wege, welche nur zeitweise z. B. während der Erndte im Gebrauch sind, jene Foderung nicht festgehalten werden könne, geben auch die Vertheidiger der richtigen Auslegung zu, so Puchta Vorl. I. p. 279. S. noch Heimbach Rlex. Bd. V. p. 552.]

*) Vgl. wegen dieses Interdictes Schmidt Zeitschr. f. gesch. R.-W. Bd. XV. p. 76 ff. vgl. Brinz Pand. I. p. 94 f.

§. 279.

Der Anspruch wegen Zwanges (quod metus causa actio) dauert in der Regel ein Jahr lang (l. 14. §. 1. 2. D. quod met. caus. 4. 2.; l. 4. C. de his, quae vi 2. 20.); wir müssen aber hier an einen annus utilis denken (l. 14. §. 2. D. cit.; l. 4. C. cit.), daher auch natürlich die Verjährungszeit nicht anfangen kann zu laufen, so lange der Zwang noch fortdauert. Da die quod metus causa actio die Stelle einer in integrum restitutio vertreten sollte, so ist dieses auch sehr natürlich. Diese Verjährungsfrist gilt denn auch noch im Justinianischen Rechte; denn da die l. ult. C. de temp. in int. rest. 2. 53. nur auf eigentliche in integrum restitutiones mit Gewißheit bezogen werden kann, bei den Klagen aber, welche anstatt einer in integrum restitutio gegeben werden, keine sichere Anwendung findet, so kann man die Behauptung, daß der ursprünglich hier geltende annus utilis in ein quadriennium continuum durch jene Verordnung verwandelt sei, nicht genügend begründet werden[779]. Ausnahmsweise findet die Beschränkung auf Jahresfrist nicht Statt, insoferne die quod metus causa actio ihre strenge Natur ablegt, und nicht mehr auf das Vierfache, sondern bloß auf das Einfache gerichtet wird. Doch wird sie auch in dieser gemilderten Form nur aus besonderem Grunde (causa cognita) nach Jahresfrist zugelassen; nämlich nur wenn jede andere rechtliche Hülfe mangelt (l. 14. §. 1. 2. D. cit.; l. 4. C. cit.). Daß seit Einführung der dreißig- und vierzigjährigen Verjährung die quod metus causa actio auch in den Fällen der Ausnahme nicht mehr von unbeschränkter Dauer ist, versteht sich von selbst.

Insoferne die quod metus causa actio gegen den redlichen Besitzer einer Sache gerichtet wird, kann sie auf keinen Fall weiter gebraucht werden, wenn er in der Lage ist, sich durch die longi temporis praescriptio schützen zu können. Daß die durch in integrum restitutio wieder herzustellende dingliche Klage der longi temporis praescriptio unterworfen ist, leidet keinen Zwei-

---

779) Ueber diese Streitfrage ist Glück (Erl. d. Pand. Th. 5. S. 510.) zu vergleichen, dessen Ansicht übrigens von der meinigen abweicht. ✠ vgl. Paul. R. S. I. 7. §. 4. Lex Rom. Burg. Tit. 38. ✠ [s. zu der ersten Stelle Schmidt Abh. p. 5 f. Not.]

fel (l. 3. C. de his quae vi 2. 20.); es wäre aber unbillig, wenn die quod metus causa actio dem redlichen Besitzer größere Gefahr bringen sollte, da doch auch sie von dem Gesichtspunkte der in integrum restitutio ausgeht. Zwar gewährt in der Regel die longi temporis praescriptio keinen Schutz gegen persönliche Klagen, aber die eigenthümliche Natur der quod metus causa actio, die sich an die Natur der dinglichen Klage anschließt, rechtfertigt auch diese Abweichung hinlänglich *). Diese longi temporis praescriptio wird wichtig, wenn vielleicht die jährige Verjährung nicht eintreten kann, weil der Zwang fortgedauert hat (vgl. H. Donelli Comm. iur. civ. XV. 39. §. 34.).

§. 280.

Wir kommen zu den Ansprüchen, die durch anderweitige gewaltthätige Störungen begründet sind. I. Die in factum actio, welche gegen denjenigen statthaft ist, der einen vor Gericht Gefoderten gewaltsam losgemacht hat, ist eine jährige (l. 5. §. 4. D. ne quis eum, q. i. i. voc. est, exim. 2. 7.). Da hier geradezu der Werth des Streitgegenstandes (quanti ea res est), ohne Rücksicht, ob man Recht oder Unrecht hat, Gegenstand des Anspruchs ist, so ist auch klar, daß dieser mit einer reinen rei persecutio keine Aehnlichkeit hat. Dagegen ist II. die in factum actio, welche Statt findet, wenn man verhindert worden ist, einen Todten da zu begraben, wo man das Recht dazu hatte, keineswegs auf die Frist eines Jahres beschränkt (l. 9., l. 31. §. 2. D. de relig. 11. 7.). Da es bei dieser Klage auf die Entschädigung des Klägers wegen des wirklich erlittenen Nachtheils ankam, so schien sie mehr auf rei persecutio gerichtet zu sein. Indessen wird ihre Unvererblichkeit nur aus dem Charakter einer actio vindictam spirans zu erklären sein, so daß diese Klage seltsam genug in verschiedener Hinsicht verschieden beurtheilt wird **). III. Ueber die interdicta, welche durch gewalt-

*) Ueber die Natur der actio quod metus causa, die sich von der Mehrzahl der persönlichen Klagen nur durch den möglichen Wechsel in der Person des Beklagten unterscheidet s. Schmidt a. a. O. Nro. 1. p. 1—50. Windscheid Die Actio des Röm. Civ.-R. p. 9—11. Demgemäß ist der longi temporis praescriptio hier kein Einfluß zuzugestehen.

**) Gegen Mühlenbruch Cession p. 300. Not. 116. Comm. Bd. 43. p. 13. 31., der die active und passive Vererblichkeit der Klage in den Schluß-

same Widersetzlichkeit gegen die Bestattung eines Todten oder gegen die Errichtung eines Grabmals an der Begräbnißstätte begründet sind (l. 1. pr. §. 4. D. de mort. inf. 11. 8.) finden wir nichts bestimmt; es mag also wohl keine besondere Zeitbeschränkung hier gegolten haben. IV. Bei den interdicta de arboribus caedendis (l. 1. pr. §. 7. D. de arbor. caed. 43. 27.) darf schwerlich eine Beschränkung auf Jahresfrist angenommen werden, da die Bestimmung des prätorischen Edicts über das Abhauen und Lichten der anstoßenden Bäume bloß das Recht der zwölf Tafeln bestätigte (l. 1. §. 8. L. 2. D. ib.), und auch bei der fortdauernden Lästigkeit der überhängenden Zweige der Anspruch gewissermaßen in jedem Augenblicke von neuem begründet wird. V. Die bei dem interdictum de glande legenda vorkommende Zeitbestimmung hat man sonst wohl als Beispiel einer dreitägigen Verjährung aufgeführt[780]). Thibaut (civ. Abh. S. 1—6.; Arch. f. civ. Prax. Bd. 1. S. 116 fgg. Pand. §. 271. Not. e.) hat aber gezeigt, daß durch diese Zeitbestimmung gar nicht eine Verjährungszeit ausgedrückt werden soll*), sondern bloß eine Beschränkung des Leserechts, in Folge deren es nur tertio quoque die, d. h. einen Tag um den andern (vgl. l. 1. §. 22. D. de aq. quot. 43. 20.) ausgeübt werden kann, und neuerlich hat Dirksen in einer Königsberger Gelegenheitsschrift (Nov. 1826.) viele Beispiele beigebracht, welche zeigen, daß in den Ausdrücken primo quoque tempore, suo quoque tempore, primo quoque, prima quaque die, suo quoque die das Wort quoque in der Regel nicht als Bindewort, sondern als Ablativ des Worts quisque vorkommt (l. 5. §. 22. D. ut in poss. leg. 36. 4.; l. 25. §. 3. D. loc. 19. 2.; l. 10. D. de iure del. 28. 8.; l. 1. §. 22. D. de aq. quot. 43. 20.; l. 25. pr. D. ad SC. Treb. 36. 1.; l. 8. §. 3. D. de pign. act. 13. 7.; l. 12. D. de usur. 22. 1.). Uebrigens ist eine besondere Zeitbeschränkung weder er-

---

worten von L. 9. D. de relig. ausgesprochen fand, s. Puchta Pand. §. 88. Not. c. und jetzt auch v. Vangerow Pand. I. p. 241.

780) L. 1. pr. D. de glande legenda 43. 28. „Ait praetor: GLANDEM, QUAE EX ILLIUS AGRO IN TUUM CADAT, QUOMINUS ILLI TERTIO QUOQUE DIE LEGERE, AUFERRE LICEAT, VIM FIERI VETO.“ Vgl. l. 9. §. 1. D. ad exhib. 10. 4. Eine andere Lesart hat tertio quoquo die anstatt tertio quoque die. Vgl. Klüpfel, üb. einz. Theile d. bürgerl. R. S. 216.

*) Vgl. v. Vangerow Pand. I. p. 625. Böcking Pand. §. 140. Not. 40.

weislich, noch auch wahrscheinlich, weil auch dieses interdictum kein rein prätorisches Recht enthält, sondern an das Recht der zwölf Tafeln sich anschließt[781]). VI. Schließlich mag noch das interdictum quod legatorum erwähnt werden, welches gegen die eigenmächtige Besitznahme der Vermächtnisse gerichtet ist. Eine Beschränkung auf Jahresfrist kommt hier nicht vor (vgl. tit. D. quod legat. 43. 3.), und liegt wohl auch nicht in der Natur der Sache, da der Zweck des interdictum mehr mit einer reinen rei persecutio vergleichbar ist.

§. 281.

Noch finden wir eine nicht unbedeutende Anzahl von unerlaubten Handlungen im Römischen Rechte, die unter keinen bestimmteren allgemeinen Begriff als den einer gewissenlosen Vermögensverletzung zusammengefaßt werden können, mit denen aber besondere Klagerechte verknüpft sind, deren Dauer nun näher bestimmt werden soll.

I. Die wegen Gewissenlosigkeiten aller Art, obgleich nur im Nothfalle (in subsidium), Statt findende doli actio finden wir ursprünglich auf einen annus utilis beschränkt, da sie bestimmt war, die Stelle einer in integrum restitutio zu vertreten, wie man aus der Stellung entnehmen kann, die das edictum de dolo malo in den prätorischen Tafeln erhalten hat. Diese Beschränkung leidet eine Ausnahme, wenn in Folge des dolus der Urheber desselben oder dessen Erbe sich bereichert findet, und es deswegen billig erscheint, die doli actio, wenn auch nicht unter diesem Namen, sondern als eine in factum actio, in größerer Ausdehnung zuzulassen (l. 28. D. de dol. mal. 4. 3.). Hier war der Anspruch an gar keine Verjährungszeit gebunden. Und dieses gilt auch für das Justinianische Recht, doch so, daß die dreißig- oder vierzigjährige Verjährung demungeachtet anwendbar ist. Was aber die regelmäßige Beschränkung der doli actio auf einen annus utilis betrifft, so hat Constantin der Große diese alte Verjährungszeit geändert und in ein tempus continuum verwandelt, und zwar so, daß nach seiner Verordnung

781) Plin. hist. nat. XVI. 5. §. 15. „Cautum est praeterea lege XII tabularum, ut glandem in alienum fundum procidentem liceret colligere." Vgl. Dirksen, üb. d. Zwölf-Tafel-Fragm. S. 494—496.

die doli actio „intra *continuum* tempus anni," (zu berechnen „ex eo die, quo asseritur commissus dolus") angestellt, und binnen einem neuen „continuum biennium" (zu berechnen „ex die, quo impetrata fuerit actio") zu Ende gebracht werden soll (l. un. Th. C. de dol. mal. 2. 15.) [782]). Diese Verordnung findet sich auch im Justinianischen Codex, aber verändert (l. 8. C. eod. 2. 21.). So wie sie hier lautet, muß die Klage angestellt werden „intra continuum biennium" („ex eo die, quo asseritur commissus dolus") [783]). Binnen einem andern biennium wird alsdann der Rechtsstreit zu beendigen sein. Daß von dieser letzten Bestimmung (wegen Beschränkung der schon angestellten Klage auf zwei Jahre) in den heutigen Gerichten kein Gebrauch gemacht wird (vgl. Glück Erl. d. Pand. Th. 5. S. 532.), läßt sich mit Rücksicht auf das veränderte gerichtliche Verfahren rechtfertigen. Aber unrichtig ist es, wenn man statt der zweijährigen Dauer der doli actio eine vierjährige behaupten will, weil die l. ult. C. de temp. in int. rest. 2. 53. den utilis annus bei der in integrum restitutio mit einem quadriennium

---

782) Noodt (comm. ad Dig. IV. 1.) will in dieser Stelle anstatt „intra continuum tempus anni" lieber lesen „intra continuum tempus biennii." Aber seine Gründe rechtfertigen diese kühne Aenderung nicht. Vgl. Glück, de vita pet. rest. in int. cap. 3. §. 28. not. 18. (opusc. fasc. 4. pag. 15.) [oben Anm. 524.].

783) Da nach dieser Verordnung Constantin's nicht mehr utiliter gerechnet werden soll, so kann auch eine Abwesenheit, welche es dem Betrogenen unmöglich gemacht hat, den Betrug zu erfahren, den Lauf der Verjährung nicht aufhalten. In der That sagt die l. 8. C. cit. dieses ausdrücklich („sive abfuerit, sive praesto sit is, qui dolum se passum esse conqueritur"). Mit Unrecht ist daher eine Verordnung des K. Gordianus (l. 3. C. eod.) in den Justinianischen Codex aufgenommen worden, in welcher von dem Standpunkte des älteren Rechts ausgegangen und gesagt wird „Non possunt obesse tibi tempora, quae in actione de dolo solent computari, quibus reipublicae causa, ut allegas, occuparis, sed exinde tibi incipiet tempus cedere, ex quo muneribus liberatus facultatem agendi intra praestituta tempora coeperis obtinere." Vgl. H. Donellus, comm. iur. civ. XV. 41. §. 38. 39. (Vol. 9.). Man könnte es unbillig finden, daß nach der Constantinischen Verordnung so gar keine Rücksicht weiter genommen werden soll; aber da nach Ablauf der Verjährungszeit die Entschädigungsklage nicht ganz abgeschnitten ist, und nur die Härte der doli actio wegfällt, so verschwindet das Unbillige größtentheils; auch darf man nicht, wie Donellus a. a. O. thut, an die Möglichkeit einer in integrum restitutio denken. [S. dag. v. Savigny Syst. §. 332.]

continuum vertauscht. Es geht dieses zum Theil schon deswegen nicht an, weil nach meiner Meinung die l. ult. cit. überhaupt nur auf die eigentlichen in integrum restitutiones sich bezieht, und auf die an deren Statt eingeführten neuen Klagen keine Anwendung leidet (vgl. §. 279.); aber auch abgesehen davon muß diese Ansicht aus dem Grunde verworfen werden, weil die l. 8. cit. nicht füglich in den Justinianischen Codex aufgenommen werden konnte, wenn man sie als aufgehoben durch die l. ult. cit. betrachtete. Da man bei der Aufnahme der Constantinischen Verordnung in den Justinianischen Codex sogar wichtige Veränderungen mit ihr vorgenommen hat, so ist es unwahrscheinlich, daß man sie bloß des geschichtlichen Zusammenhanges wegen aufgenommen haben sollte; und dieses um so mehr, als die Verordnung füglich wegbleiben konnte, weil sonst nirgends weiter auf sie Bezug genommen ist.

II. Eine im Edicte des Prätors besonders hervorgehobene Klage über Gewissenlosigkeit ist gegen denjenigen begründet, welcher die gerichtliche Einweisung in den Besitz erlangt, und dabei gewissenloserweise (dolo) zum Nachtheile desjenigen handelt, dessen Vermögen er in Beschlag genommen hat. Obgleich es möglich ist, daß es dabei oft nur darauf ankommt, dem gewissenlosen Gegner den Gewinn seiner Gewissenlosigkeit zu entreißen (l. 11. D. de reb. auct. iud. poss. 42. 5.), so wird doch die Klage im Allgemeinen nicht als eine rei persecutoria, sondern als eine poenalis behandelt. Eben deswegen ist denn auch die Klage in der Regel auf die Dauer eines Jahres beschränkt [784]), insoferne nicht derjenige, gegen den die Klage angestellt wird, sich durch seine unerlaubte Handlung bereichert findet (l. 10. D. ib.).

III. Eine ähnliche Klage ist diejenige, welche der Prätor zuläßt, wenn eine Frau auf Grund gewissenloser Weise vorgegebener Schwangerschaft für ihr Kind die Einweisung in den Besitz der Verlassenschaft erhalten hat. Auch diese finden wir auf einen utilis annus beschränkt (l. 1. §. 3. D. si mul. ventr. nom. 25. 6.).

784) L. 9. §. 8. D. eod. „Si possessionis causa deterior facta esse dicetur dolo eius, qui in possessionem missus sit, actio in eum ex dolo datur, quae neque post annum, neque in heredes ceterosque successores dabitur, cum ex delicto oriatur poenaeque nomine concipiatur."

IV. Umgekehrt finden wir eine Entschädigungsklage (in factum actio quanti ea res erit) für den Fall aufgestellt, daß Jemand einen, der die gerichtliche Einweisung in den Besitz erhalten hat, dolo malo*) an der Besitzergreifung hindert. Auch diese Klage ist an die Frist eines Jahres gebunden; den Fall der Besitzeinweisung wegen Vermächtnisse (legatorum nomine) ausgenommen (l. 1. §. ult. D. ne vis fiat ei, q. in poss. 43. 4.).

V. Bei der Entschädigungsklage, welche gegen die argentarii und nummularii wegen einer gewissenloserweise verweigerten Vorlegung der Geschäftsbücher (rationes) begründet ist, findet sich ebenfalls die Frist eines Jahres als Verjährungszeit erwähnt (l. 13. D. de ed. 2. 13.).

VI. Dasselbe gilt von der Entschädigungsklage (in factum actio quanti actoris interfuit) gegen denjenigen, welcher durch eine gewissenlose Handlungsweise (dolo malo) bewirkt hat, daß der vor Gericht Gefoderte der Stellung sich entzogen hat (l. 1. §. ult. D. de eo, per quem fact. 2. 10.).

VII. Wenn sich einer oder der andere von den streitenden Theilen den Befehlen der Gerichtsobrigkeit unfügsam bezeigt, so ist eine in factum actio quanti ea res est (d. h. bis zum Werthe des streitigen Gegenstandes, ohne Rücksicht auf das eigentliche id quod interest) verstattet. Auch diese ist auf die Frist eines Jahres beschränkt[785]).

VIII. Eine andere, ebenfalls im Edicte besonders hervorgehobene unerlaubte Handlungsweise ist das gewissenlose Benehmen desjenigen, welcher, ohne Vormund zu sein, den Mündel Geschäfte unter seinem Beitritte (auctoritas) vornehmen, oder auch desjenigen, welcher einen Andern, der eben so wenig Vormund ist, aber es zu sein glaubt, als Vormund handeln läßt. Die für diese Fälle im prätorischen Edicte eingeführten, auf

*) Cf. L. 1. §. 4. D. ne vis fiat.

785) L. un. §. 4. D. si quis ius dicenti non obtemperaverit, 2. 3. „.... Et cum meram poenam contineat, neque post annum, neque in heredem datur.“ [vgl. v. Savigny Syst. Bd. V. p. 455. 456.]. Wäre die actio eine popularis, wie Cuiacius meint (obs. XXIV. 25.), so läge darin ein neuer Grund für die Jährigkeit (vgl. §. 283.); allein mir ist dieses doch nicht recht wahrscheinlich, darum habe ich auch diese actio hier erwähnen müssen. Vgl. Merillius, variant. ex Cuiac. I. 6.

einfache Schadloshaltung abzweckenden[786]) Klageansprüche sind auf die Frist eines Jahres beschränkt, weil es nicht darauf ankommt, einem Andern einen Vortheil, den er in der Hand hat, zu entreißen (rei persecutio)[787]).

IX. Der auf Erstattung des Vierfachen gerichtete Anspruch gegen diejenigen, welche sich bei Gelegenheit großer Unglücksfälle (Brand, Schiffbruch, Erdbeben u. dergl.) auf eine gewissenlose Weise benommen, d. h. geraubt, gestohlen oder (absichtlich) Schaden gestiftet haben, ist an sich auf eine ⊕utiliter zu berechnende (L. 18. C. de furt. 6. 2.)⊕ Jahresfrist beschränkt; doch kann nach Ablauf des Jahres die Klage wenigstens noch einfachen Ersatz gewähren, indem sie alsdann gewissermaßen die Natur einer condictio furtiva oder einer Aquilischen Klage annimmt (l. 1. pr. D. de incend. ruin. naufr. 47. 9.).

X. Aehnliches gilt, wenn gegen die Pächter der Staatseinkünfte (publicani) auf Doppelerstattung geklagt wird, weil sie oder ihre Leute bei der Erhebung der Abgaben gewissenlos gehandelt, d. h. Raub oder Entwendung begangen oder Beschädigung angerichtet haben. Nach Ablauf des Jahres gilt die Klage nur noch insoferne, als durch sie das Einfache erlangt werden kann (l. 1. pr. D. de publican. 39. 4.).

XI. Denselben Grundsätzen folgt die Klage, welche zugelassen ist, wenn Jemand Geld genommen hat, um wider besseres Wissen und Gewissen einen Rechtsstreit anzufangen oder fallen zu lassen. Als Klage auf das Vierfache ist sie an die Frist eines Jahres gebunden; das Einfache kann man auch nachher noch mit ihr gewinnen (l. 1. pr. D. de calumn. 3. 6.). ⊕Daß utiliter gerechnet werden muß, sieht man aus L. 6. ib.⊕

§. 282.

Was die Ansprüche betrifft, welche aus einer Verletzung der Persönlichkeit erwachsen, so finden wir:

---

786) L. 7. §. 2. D. quod fals. tut. auct. 27. 6. „Quod ait praetor, QUANTI EA RES ERIT, magis puto, non poenam, sed veritatem his verbis contineri.“

787) L. 9. D. ibid. „Huius actionis exemplo Pomponius libro XXXI. scribit, dandam actionem adversus eum, qui dolo malo adhibuit, ut alius auctoraretur inscius. §. 1. Has in factum actiones heredibus quidem competere ceterisque successoribus, in eos vero non reddi, Labeo scribit, nec

I. daß für die iniuriarum actio, welche als die regelmäßige Klage wegen verletzter Persönlichkeit betrachtet werden muß, die Frist eines Jahres als Verjährungszeit gilt [788]); ob an einen annus continuus oder an einen annus utilis zu denken sei, ist nicht gesagt; eben so wenig, ob diese Zeitfrist bloß für die aestimatoria actio, welche durch das prätorische Edict eingeführt ist, oder ob sie auch für die aus dem Cornelischen Gesetze entspringende civilis iniuriarum actio gelten soll [789]). Weber (über Injurien, Abth. 2. S. 140 fgg.) hält sich an den Buchstaben, und stellt daher den Grundsatz auf, daß die iniuriarum actio ohne Unterschied, sie möge nun aus dem prätorischen Edicte oder aus dem Cornelischen Gesetze begründet sein, nach Ablauf eines annus continuus erlösche. Freilich hat er an Cuiacius (paratitl. ad tit. Cod. de iniur.) einen bedeutenden Gewährsmann, und es läßt sich erwarten, daß die Ansicht eines Mannes wie Cuiacius nicht ohne Anhänger geblieben ist. Dennoch ist es immer die gewöhnlichere Meinung gewesen, daß die iniuriarum actio, insoferne sie im Cornelischen Gesetze begründet ist, nicht innerhalb Jahresfrist verjähre, sondern eine dreißigjährige Dauer habe, wie es der Regel gemäß ist [790]). Und allerdings ist nicht

---

in ipsum post annum, quoniam et factum puniunt et in dolum concipiuntur . . . .“

788) L. 5. C. de iniur. 9. 35. „Si non convicii consilio te aliquid iniuriosum dixisse probare potes, fides veri a calumnia te defendet. Si autem in rixa, inconsulto calore prolapsus, homicidii convicium obiecisti, et ex eo die annus excessit, cum iniuriarum actio annuo tempore praescripta sit, ob iniuriae admissum conveniri non potes.“ In der l. 17. §. 6. D. de iniur. 47. 10. ist bloß im Allgemeinen anerkannt, daß Unbilden verjährt werden („si tempore abolita fuerit iniuria.“) Die l. 14. §. 2. D. quod met. caus. 4. 2. gehört gar nicht hieher; es ist dort *iniuria* in seiner allgemeinen Bedeutung (für Unrecht überhaupt) gebraucht.

789) Ueber diese uralten Streitfragen vergleiche man [Haenel Diss. dom. vet. coll. §. 58. 59. Roger. §. 29. Cod. Chis. §. 170. Hugol. §. 364. 365. u. d. dort Citierten.] Engau (von d. Verj. in peinl. Fällen §. 62 fgg.) und A. D. Weber (über Injurien, Abth. 2. S. 140—162.).

790) Das Cornelische Gesetz umfaßt drei Fälle „quod se pulsatum, verberatumve, domumve suam vi introitam esse dicat.“ L. 5. pr D. de ini. 47. 10.; §. 8. I. eod. 4. 4. Daß die Klage aus dem Cornelischen Gesetze nicht binnen Jahresfrist erlösche, hat in neuerer Zeit besonders Thibaut (Bes. u. Verj. S. 146.) geltend gemacht. [Dieß ist neuerdings entschieden die herrschende Meinung vgl. Chop Beitr. z. L. v. d. Verj. d. Inj. kl. Arch. f. d. civ. Prax. Bd. XVII. p. 214 ff. bes. §. 3. Not. 10. (Chop selbst ist freilich wegen

zu läugnen, 1) daß wir, abgesehen von der Coderstelle, in Folge der l. 35. pr. D. de O. et A. 44. 7. uns nur in Ansehung der aus dem prätorischen Edicte entspringenden iniuriarum actio zur Annahme einer jährigen Verjährung für befugt halten können. Was aber 2) die angebliche Allgemeinheit betrifft, mit welcher die l. 5. C. de iniuriis sich ausdrücken soll, so ist diese nur eine scheinbare. Die l. 5. bezieht sich auf einen besonderen Fall, und dieser Fall betrifft keine thätliche, sondern bloß eine wörtliche Beleidigung, und fällt daher auch nicht unter das Cornelische Gesetz, so daß nicht die geringste Veranlassung vorhanden war, bei der Abfassung der l. 5. cit. einer Verschiedenheit in Beziehung auf die Verjährung der iniuriarum actio Erwähnung zu thun. Diese Betrachtungen ergeben, daß man, wenn man nach strengen Grundsätzen verfährt, immer dahin kommen muß, einen Unterschied aufzustellen zwischen der prätorischen und der aus dem Cornelischen Gesetze entspringenden iniuriarum actio. Die entgegengesetzte Ansicht hat außer dem bloß scheinbar allgemeinen und darum nichts entscheidenden Ausspruch der l. 5. cit. nur die Wahrscheinlichkeit für sich, daß die civilis actio ex lege Cornelia, so wie sie sich in den Wirkungen an die prätorische Klage anschloß (vgl. l. 37. §. 1. D. de ini. 47. 10.), auch in Hinsicht auf die Dauer ihrem Vorbilde gefolgt sein möchte. Aber wie dürfte man sich durch bloße Wahrscheinlichkeit bestimmen lassen, von demjenigen abzuweichen, was den anerkannten allgemeinen Grundsätzen gemäß ist[791])? Dagegen halte ich es für unrichtig, wenn man die bei uns ge-

---

L. 5. C. de ini. für die Ansicht Weber's) s. ferner Wächter Lehrb. d. Röm.-Teutsch. Straf-R. I. p. 217. Abegg Lehrb. d. Straf-R.-Wissensch. §. 172. Marezoll Crim.-R. p. 446. u. A. m. Zweifelhaft muß dieß aber wieder werden durch die Ausführungen Huschke's (Gaius p. 143 ff.), wonach die actio legis Corneliae ein iudicium publicum war, wie ja überhaupt die Verjährungszeit für die auf eine öffentliche Strafe anzustellende Injurienklage noch heutzutage sehr bestritten ist.]

791) Gegen die Zweckmäßigkeit einer so lange dauernden Verjährung, wie die dreißigjährige ist, läßt sich allerdings manches erinnern. Vgl. Weber, über Injurien, Abth. 2. S. 150. Auch der Sachsenspiegel läßt offenbar die jährige Verjährung in solchen Fällen zu, welche dem Cornelischen Gesetze anheimfallen. Sächs. L.-R. III. 31. §. 3. Sve den anderen — sleit ane dotslach unde ane lemesle, sinen erven ne hevet he darumme nicht to antwerdene, of he stirft na der jartale; jene ne hebbe vor gerichte der klage begunt, er he stürve."

bräuchlich gewordenen Klagen auf Abbitte oder Ehrenerklärung ebenfalls auf dreißig Jahre ausdehnen will. Es scheint mir ungleich natürlicher, diese Klagen gar nicht als eine neue Art der iniuriarum actio, sondern bloß als eine abweichende Gestaltung der Römischen iniuriarum actio zu betrachten, bei welcher an die Stelle der Geldbuße eine persönliche Buße getreten ist. Nach dieser Ansicht wird also immer noch für die geringeren Unbilden, welche nicht unter das Cornelische Gesetz fallen, eine Jahresfrist als Verjährungszeit gelten [792]. — Ob aber diese Jahresfrist ein annus continuus ist, wie Cuiacius, Weber [und Chop a. a. O. §. 10. 12.] annehmen, oder ein annus utilis? Da wir die jährige Verjährung bei der prätorischen iniuriarum actio als einen Ausfluß des allgemeinen, in der l. 35. pr. cit. aufgestellten Grundsatzes betrachten, zufolge dessen alle honorariae actiones jährig sind, wenn sie eine Strafe zum Zwecke haben, so ist es natürlich, daß wir uns die Jahresfrist, in welche wir die iniuriarum actio eingeschlossen finden, als einen annus utilis denken *).

II. Die auf eine Strafe von funfzig Goldstücken zu richtende Klage, welche eintritt, wenn man von den Kindern oder

---

792) Anführungen, diese Streitfrage betreffend, findet man bei Eichmann (not. ad Rave de praescr. pag. 375.). Einige wollen sogar die Klage auf Ehrenerklärung auch der dreißigjährigen Verjährung entziehen. Vgl. Weber, über Injurien, Abth. 2. S. 161. ⊕Die Klage auf Abbitte u. s. w. ist zwar alt und unabhängig von der Einführung des Röm. Rechts, (Coutumier Normand. Hagner R. v. 1477. bei Pufendorf Obs. iur. III. App. p. 9. 12. Wurster Willkür 1508. ib. p. 117. Mittheil. v. Biener) aber vor der Einführung des Röm. Rechts dachte man an keine Verjährung, am wenigsten an eine dreißigjährige. Die Sächs. Lehnsconstitution v. 1572. IV. 46. hat auch eine jährige Verjährung bei der wegen Verbalinjurien Statt findenden Klage auf Abbitte.⊕ [s. jed. Chop a. a. O. §. 7. Henke Handb. d Crim.-R. Bd. IV. §. 23. Anm. 22. Heffter Crim.-R. §. 311. Not. 12. u. A. m.]

*) Der Beweis, den Chop a. a. O. p. 231 ff. dafür antritt, daß die Wissenschaft des Beleidigten zum Beginn der Verjährung nicht erforderlich sei, ist überflüssig, da auch der annus utilis die Kenntniß des uns zustehenden Rechtes nicht nothwendig voraussetzt. vgl. Not. *) nach Anm. 289. Die Analogie der L. 6. D. de calumn. 3. 6. und die Allgemeingültigkeit des dort für die Entscheidung angeführten Grundes, wird freilich durch L. 5. C. de iniur. (rixa) nicht beseitigt, wohl aber durch die Betrachtung, wie jene Allgemeingültigkeit nur eine scheinbare ist (s. v. Savigny Syst. III. p. 413. Not. d.), und die besondere Heimlichkeit des Klaggrundes im Fall der L. 6. cit. bei der Injurie keineswegs überall zutrifft.

Freigelassenen mit Verletzung der gebührenden Achtung vor Gericht geladen worden ist, ohne daß der Kläger vorher die Erlaubniß von Seiten des Gerichts gebührend nachgesucht hat, ist gleichfalls nur innerhalb der Frist eines Jahres zulässig (l. pen. D. de in ius voc. 2. 4.).

§. 283.

Die populares actiones sind in der Regel*) auf die Dauer eines Jahres beschränkt (l. ult. D. de pop. act. 47. 23.). Dieses muß insbesondere gelten, wenn de albo corrupto auf eine Strafe von fünfhundert Goldstücken, oder wegen Verletzung eines Begräbnißplatzes auf hundert oder zweihundert Goldstücke geklagt wird, obgleich es in diesen Fällen nicht besonders ausgesprochen ist. Daß die funfzig Goldstücke, welche eingeklagt werden können, wenn durch verbotwidriges auf die Straße Werfen ein freier Mensch getödtet worden ist, binnen Jahresfrist gefodert werden müssen, wissen wir aus l. 5. §. 5. D. de his, q. effud. 9. 3. noch besonders, und können daraus schließen, daß es mit dem Anspruche auf zweihundert solidi, welcher nach dem ädilischen Edicte begründet ist, wenn durch das Halten eines gefährlichen Thieres an einer öffentlichen Straße ein Mensch sein Leben verloren hat (vgl. L. 40. §. 1. l. 41. 42. D. de aed. ed. 21. 1.),

*) So weit sie nämlich prätorischen Ursprungs sind, aber auch hier wieder mit Ausnahme der Interdicte; die in Gesetzen verliehenen Popularklagen sind dagegen unverjährbar, wie das Stillschweigen unserer Quellen über diesen Punkt beweist. vgl. Leg. Iul. munic. I. v. 19. (hier sind die Siglen in. tr. m. I. doch aufzulösen in tritici modios singulos; I für singuli findet sich auch sonst s. inscr. Lanuvina I. 25.; die Identität von frumentum und triticum ergiebt sich u. A. aus dem Ed. Diocl. de reb. venal. cap. 1. ed. Mommsen p. 8. L. 31. D. loc. cond. 19. 2. Die Deutung Dirksen's Civ. Abh. II. p. 162. „intra mensem primum" ist epigraphisch wie sachlich gleich befremdend; nicht eine Zahlungsfrist, sondern ein Endtermin würde der Obligation in diesen Worten beigefügt sein) II. v. 23. 33. 51. 66. Leg. Mamil. cap. 4. (bei Lachmann Feldm. I. p. 264.) cap. 5. (die hier vorkommende Theilung der Strafsumme zwischen dem Staate und dem Ankläger findet sich wieder, L. 25. §. 2. D. de SC. Silan. 29. 5. in eine Stelle, aus der sich m. E. mit voller Evidenz die von Mommsen Stadt-R. p. 463 ff. ausgeführte Meinung ergiebt, daß die Strafsumme regelmäßig dem Staate zufiel) Aes Salp. c. 26. Malac. c. 58. 61. 62. 67. cf. Frontin. de aqd. 127. Mommsen Zeitschr. f. gesch. R.-W. XV. p. 321.

dieſelbe Bewandniß habe. Das interdictum de libero homine exhibendo macht eine Ausnahme. Es iſt populare (l. 3. §. 9. D. de lib. hom. exh. 43. 29.), und doch nicht auf eine beſondere Friſt beſchränkt (l. 3. §. 15. D. ib.). Aehnliche Ausnahmen finden Statt bei den interdicta, welche den Zweck haben, die Hinderniſſe aus dem Wege zu räumen, wodurch die Gemeinnützigkeit der dem allgemeinen Gebrauchsrechte anheim gegebenen Sachen beſchränkt wird. So z. B. bei dem interdictum, wodurch die Hemmung und Beengung der öffentlichen Straßen und Wege verhindert werden ſoll [793]). Ferner bei dem interdictum, wodurch die Wegſchaffung einer bereits angebrachten Hemmung oder Beengung bewirkt werden ſoll [794]). Ferner bei dem interdictum, wodurch die Beſeitigung der Hinderniſſe bezweckt wird, welche gegen die Inſtandſetzung der Wege gemacht werden [795]). Natürlich alſo auch, wenn Hemmungen, die der Flußſchifffahrt Gefahr drohen, verhindert oder beſeitigt werden ſollen, oder wenn einer Veränderung des Flußbettes entgegengearbeitet, oder etwas verhindert werden ſoll, wodurch die öffentlichen Abzugsgräben (cloacae publicae) verſtopft oder verdorben werden könnten *).

793) L. 2. §. 34. D. ne quid in loco publ. 43. 8. „Hoc interdictum perpetuum et populare est, condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris intersit."

794) L. 2. §. 44. D. ib. „Interdictum hoc non esse temporarium sciendum est; pertinet enim ad publicam utilitatem, condemnatioque ex eo facienda est, quanti actoris intersit, tolli, quod factum est.

795) L. 1. §. 3. D. de via publ. refic. 43. 11. „Interdictum hoc perpetuo dabitur, et omnibus ...."

*) Vgl. Schmidt Interd. p. 125.

Siebentes Buch.

Verjährung bei den Gewerbsrechten.

I.

Zur Einleitung.

§. 284.

Sehr verschieden von den dinglichen Vermögensrechten, welche eine Sache zum unmittelbaren Gegenstande haben, und doch auch wieder von den gegen eine bestimmte Person gerichteten Schuldfoderungen, sind die **Gewerbsrechte**, durch welche zu Gunsten eines Einzelnen, oder einer Gemeinde, oder einer Genossenschaft, oder auch zu Gunsten einer Anstalt oder eines Grundstücks*) die Befugniß begründet ist, von dem Betriebe eines Erwerbszweiges Vortheil zu ziehen. Ihnen ist die schon im Römischen Rechte als eine den Städten verliehene Begünstigung vorkommende Jahrmarkts- (Meß-) Gerechtigkeit beizuzählen. Diese Gewerbsrechte finden sich sehr oft als ausschließende Rechte (Monopole); noch öfter kommt es vor, daß die Ausschließungsberechtigung zwar nicht dem einzelnen Gewerbtreibenden zusteht, aber doch von einer Anzahl Gewerbsberechtigter, z. B. einer Zunft, gegen jeden, der nicht zur Genossenschaft gehört, geltend gemacht werden kann. In manchen Fällen kann überdieß für einen einzelnen zum Gewerbe ge-

---

*) In diesem Falle handelt es sich doch um ein reines Realrecht, zu dessen Ausübung freilich noch gewisse Bedingungen in der Person des Besitzers erfüllt werden müssen. Daß ebenso die Bannrechte dinglicher Natur sind, und nicht wie noch **Gerber** Priv.-R. §. 156. Anm. 3. thut, in das Obligationenrecht gestellt werden dürfen, darüber vgl. **Beseler** Priv.-R. III. p. 251. **Gengler** Priv.-R. Anm. zu §. 84a.

hörigen Betriebsgegenstand noch ein besonderes Ausschließungsrecht Statt finden. So ist es mit dem ausschließlichen Verlagsrechte und mit dem bei neuen Erfindungen auf längere oder kürzere Zeit bewilligten (patentierten) Alleinbetriebe.

Manchmal sind diese Gewerbsrechte mit einem Bannrechte verbunden, in Folge dessen der Gewerbsberechtigte verlangen kann, daß innerhalb eines gewissen Bezirks die Gewerbserzeugnisse bloß von ihm bezogen, und die gewerbsmäßig zu verarbeitenden Sachen bloß ihm zur Verarbeitung überlassen werden sollen. Der Bierzwang und der Mahlzwang sind die wichtigsten Beispiele. Eine Vergleichung dieser Bannrechte mit den beschränkten Verfügungsrechten über eine Sache (Dienstbarkeitsrechten) scheint mir keinesweges so sehr nahe liegen, als man wohl geglaubt hat.

II.

Begründung der Gewerbsrechte durch Verjährung.

§. 285.

Eine Begründung der Gewerbsrechte durch zehn- und zwanzigjährige Verjährung läßt sich nach gemeinem Rechte nicht vertheidigen*); man müßte denn von der unrichtigen Ansicht ausgehen wollen, daß die Eigenthumsverjährung allenthalben angewendet werden könne, wo ein besitzähnliches Verhältniß vorkommt, was natürlich bei den Gewerbsrechten in der Einrichtung der zum Gewerbsbetriebe nöthigen Vorrichtungen und der fortdauernden wirklichen Ausübung des Gewerbsbetriebes zu suchen wäre. Eher mag man geneigt sein, aus den allgemeinen Vorschriften des Römischen Rechts über dreißig- oder vierzigjährige Verjährung eine Begründung der Gewerbsrechte abzuleiten.

Was nun zuerst die dreißigjährige Verjährung betrifft, so ist die Annahme einer solchen, insoferne sie nicht (was freilich in Deutschland häufig der Fall sein dürfte) durch örtliche

*) Vgl. Seuffert Arch. VII. 214., wo allerdings von einem eigentlichen Realrechte (s. d. vor. Note) die Rede ist.

Satzungen oder Gewohnheiten, oder durch Landesgesetze bestätigt wird, schwer zu rechtfertigen, weil die von der dreißigjährigen Verjährung handelnde Theodosische Verordnung nicht als eine schlechthin allgemeine erscheint, und daher selbst bei den das Personenrecht betreffenden praeiudiciales actiones nicht mit Sicherheit angewendet werden kann (vgl. Th. 1. §. 18.). Viel besser läßt die Anwendbarkeit der vierzigjährigen Verjährung sich vertheidigen, indem die von dieser Verjährungsart sprechende Anastasische Verordnung (vgl. Th. 1. §. 19.) sich ganz entschieden als eine allgemeine ankündigt („Sed quicunque *super quolibet iure*, quod per memoratum tempus iuconcussum et sine ulla reipsa illata iudiciaria conventione possedit .... sit .... securus“). Wenn man noch zweifeln könnte, weil das Gewerbsrecht ein nicht bloß gegen die einzelnen Staats- und Gemeindegenossen gerichtetes Recht ist, sondern auch gegen die Genossenschaft selbst geltend gemacht wird, so beantwortet auch dieser Zweifel sich leicht durch die Bemerkung, daß die Anastasische Verordnung ganz ausdrücklich auch die auf das ius publicum sich gründenden Ansprüche zum Schweigen bringen sollte*).

Erkennt man nun die vierzigjährige (oder allenfalls auch die dreißigjährige) Verjährung für zulässig an, so entstehen neue Schwierigkeiten. Zuerst die Frage: Soll man mit Rücksicht auf die Grundsätze des kirchlichen Rechts das redliche Bewußtsein des Gewerbtreibenden als nothwendige Bedingung der Verjährung voraussetzen? Ich glaube: ja. Denn wenn das wissentliche Behalten einer fremden Sache als etwas Sündliches angesehen wird, so darf auch das Fortbetreiben eines Gewerbes durch einen, der da weiß, daß er das Gewerbsrecht dadurch beeinträchtigt, als sündlich gelten. Natürlich darf er also nichts dabei gewinnen, wenn er diese als sündlich betrachtete Handlungsweise noch so lange fortgesetzt hat. Bei demjenigen, der zwar weiß, daß ein Gewerbsrecht eine Anmaßung ist, der aber doch kein fremdes Gewerbsrecht beeinträchtigt, dürfte sich dagegen die Unredlichkeit im Sinne des kirchlichen Rechts völlig abläugnen lassen. Sodann: wird durch eine solche vierzig- (oder dreißig-) jährige Verjährung das Gewerbsrecht

*) Vgl. Gengler a. a. O. §. 84. Anm. 5., der sogar für die Zulassung einer zehn- und zwanzigjährigen Ersitzung zu sein scheint.

vielleicht nur insoferne begründet, daß man sich im Besitze des Gewerbsbetriebs gegen rechtliche Anfechtungen vertheidigen kann (wie denn die ursprüngliche Natur der praescriptio XXX vel XL annorum mehr nicht zu gewähren vermag); oder ist es erlaubt, die l. 8. §. 1. C. de pr. XXX vel XL ann. 7. 39. auch auf den Gewerbsbesitz anzuwenden, und demzufolge jeden redlichen Gewerbsbesitz nach Ablauf der Verjährungszeit in der Art als einen festgegründeten zu betrachten, daß nun sogar eine Klage zu Gunsten desselben zugelassen wird? Mißlich ist es auf jeden Fall, sich für die letzte Meinung zu entscheiden, weil die l. 8. cit. bloß auf den eigentlichen Besitz sich bezieht; die Ortsgewohnheiten und der Gerichtsgebrauch dürften aber wohl meistentheils nicht so bedenklich sein.

Soll ein Gewerbsrecht insbesondere als ein ausschließendes begründet werden, so muß der Gewerbsbesitz ein ausschließender sein. Damit er dieses werde, genügt es aber nicht, daß Jemand eine Zeit lang ein gewisses Gewerbe allein getrieben habe, sondern es muß sich zeigen lassen, daß die Versuche Anderer, dieses Gewerbe ebenfalls zu betreiben, an dem Anspruche des Gewerbtreibenden auf Ausschließlichkeit gescheitert sind. Wird dieses gehörig berücksichtigt, so ergiebt sich ferner, daß ein Gewerbsrecht an und für sich durch Verjährung viel früher begründet sein kann, ehe es sich als ausschließendes Recht feststellt. Auch ist klar, daß man diese Wirkung der Verjährung gar nicht zugeben darf, wenn man nicht annimmt, daß der Gewerbsbesitzer in Folge der l. 8. cit. eine Klage erlangt, weil das Ausschließungsrecht nur auf dem Wege einer Klage verfolgt werden kann.

Für die Zulässigkeit einer unvordenklichen Verjährung haben wir keine besonderen gesetzlichen Gründe. Wo aber angenommen wird, daß überhaupt jeder thatsächliche Rechtszustand durch eine unvordenkliche Verjährung geschützt werden könne, da wird man kein Bedenken tragen dürfen, sie auch in dieser besonderen Anwendung zuzulassen. Wichtig wird sie, wenn durch besondere gesetzliche Verbote die Anwendbarkeit einer auf einen bestimmten Zeitablauf begründeten Verjährung entweder überhaupt, oder doch bei einem einzelnen Gewerbszweige ausgeschlossen ist.

Inwieferne das Herkommen ohne Rücksicht auf die Dauer

desselben ein Gewerbsrecht zu begründen im Stande sei, weil in diesem Herkommen eine stillschweigende Uebereinkunft sich ausspricht, dieses zu untersuchen, kann hier nicht der Ort sein.

§. 286.

Die für die Begründung der Gewerbsrechte durch Verjährung aufgestellten Grundsätze kommen auch zur Anwendung, wenn Bannrechte entstehen sollen. Demnach wird die zehn- und zwanzigjährige Verjährung sich nicht als gemeinrechtlich vertheidigen lassen, obgleich nicht geläugnet werden kann, daß eine solche Verjährung nicht selten theils durch den Gerichtsgebrauch, theils durch Landesgesetze oder örtliche Satzungen und Gewohnheiten anerkannt worden ist. Es war dieses um so natürlicher, da die Bannrechte so sehr oft mit den Römischen Dienstbarkeitsrechten zusammengestellt worden sind. Die dreißigjährige (oder eigentlich wohl vielmehr die vierzigjährige) Verjährung wird ebenfalls auszuschließen sein, wenn man nicht annehmen will, daß die l. 8. C. de pr. XXX vel XL ann. 7. 39. hier angewendet, und demnach in Folge der Verjährung eine Klage gegeben werden könne; denn das Bannrecht kann seiner Natur nach nur durch einen klagbaren Anspruch und nicht durch eine bloße Einrede rechtlich geschützt werden. Die Anwendbarkeit der unvordenklichen Verjährung wird meistens ohne Bedenken anerkannt werden, obgleich sie in den gemeinrechtlichen Quellen nicht nachgewiesen werden kann. Während des Laufes der Verjährung muß jedenfalls ein ununterbrochener Besitz des Bannrechtes Statt gefunden haben.

III.

Uebertragung der Gewerbsrechte durch Verjährung.

§. 287.

Eine Uebertragung der Gewerbsrechte durch Verjährung kann, wenn man lediglich die gemeinrechtlichen Grundsätze zu

Rathe zieht, unter keinen anderen Bedingungen Statt finden, als unter denjenigen, welche zur begründenden Verjährung erfodert werden. Insbesondere wird dieses auch gelten müssen, wenn das mit einer Gewerbsberechtigung verknüpfte Bannrecht auf eine andere Gewerbsberechtigung durch Verjährung übergehen soll.

IV.

Erlöschen der Gewerbsrechte durch Verjährung.

§. 288.

Wir haben im Römischen Rechte die Bestimmung, daß Jahrmarktsberechtigungen binnen zehn Jahren verloren gehen sollen (l. 1. D. de nund. 50. 11.). Daraus läßt sich aber freilich nicht mit Sicherheit schließen, daß alle Gewerbsrechte durch zehnjährige Nichtausübung verloren gehen; auch bin ich weit entfernt, eine solche Neuerung geltend machen zu wollen. Eine bald zehn- bald zwanzigjährige Verjährung würde sich nur anwenden lassen, wenn man die Gewerbsrechte als Dienstbarkeitsrechte behandeln dürfte, was durchaus unzulässig, und nach meiner Ansicht sogar in Ansehung der Bannrechte unstatthaft ist*). Eine dreißig- und vierzigjährige Verjährung kann bei den Gewerbsrechten insoferne vertheidigt werden, als man sie als Ausnahme von der gesetzlichen Gewerbefreiheit der für die sogenannten affirmativen privilegia in Folge einer (nicht unbezweifelten) Anwendung kirchlicher Rechtsgrundsätze angenommenen Verjährung unterwirft (vgl. §. 161.). Die Römischen Verordnungen über die dreißig- und vierzigjährige Verjährung lassen sich dagegen nur unter besonderen Voraussetzungen anwenden. Man darf nämlich nicht übersehen, daß durch die dreißig- und vierzigjährige Verjährung ein Erlöschen der Klagbarkeit herbeigeführt werden wird. Wer aber ein Gewerbsrecht hat, der braucht, wenn es ihm bloß um den Betrieb zu thun

---

*) Dennoch nimmt diese Verjährung an Gengler a. a. O. Anm. 8. s. dag. auch Seuffert Arch. VII. 100. IX. 70.

ist, gar nicht zu klagen, sondern kann warten, bis man von irgend einer Seite her ihm die Berechtigung streitig macht. Wenn er also dreißig oder vierzig Jahre lang die Ausübung unterlassen hat, so mag er getrost den Betrieb erneuern, ohne fürchten zu müssen, daß ihm eine Verjährung im Wege stehe; denn er braucht ja nicht zu klagen. Wird aber gegen ihn geklagt, so beweist er sein Recht und hat keine Einwendung zu besorgen. Anders ist es, wenn Jemand für sein Gewerbe auf Ausschließlichkeit Anspruch macht. Hat er den Betrieb eines Andern vierzig (oder dreißig?) Jahre geduldet, so mag dieser allerdings sich auf die Verjährung berufen, die denn für ihn zugleich eine begründende Verjährung ist, wenigstens insoferne sein Besitz dadurch gegen Anfechtungen gesichert wird.

Bannrechte werden ebenfalls nach dreißig oder vierzig Jahren nicht mehr geltend gemacht werden können, und hier hat die Verjährung für die Bannverpflichtungen die Wirkung einer befreienden Verjährung. Es genügt dabei, daß der Bannberechtigte es zugelassen hat, daß man sein Bannrecht nicht berücksichtigte (denn dadurch war ja schon für ihn ein Klagerecht begründet). Daß er die Verletzung gekannt habe, ist keineswegs nothwendig; noch weniger, daß die Freiheit vom Bannrechte seinem Widerspruche entgegen behauptet worden sei*). Uebrigens passen die Gründe, aus welchen ich es bei der begründenden Verjährung bezweifelt habe, ob die dreißigjährige Verjährung in dieser Lehre anwendbar sei, auch hieher; auf jeden Fall wird bei den einer Kirche oder milden Stiftung zustehenden Ausschließungs- oder Bannrechten nur eine Verjährung von vierzig Jahren genügen. Eben so, wenn zum Besten des Staatsschatzes eine Gewerbsberechtigung geübt wird (vgl. Th. 1. §. 46.). Während der Unmündigkeit ist der Lauf der Verjährung gehemmt (vgl. Th. 1. §. 35.).

*) Hierfür ist zum Theil die Praxis s. Bülow u. Hagemann Pract. Erört. IX. Nro. 34. Seuffert Arch. X. 192. In der That sondert der Verf. Klage- und Rechts-Verjährung nicht gehörig. Für jene ist seine Behauptung richtig; in Betreff der letzteren würde, da sie den Character einer libertatis usucapio an sich trägt, die von den Practikern befolgte Meinung den Vorzug verdienen, wenn nicht, wie früher (Anm. 675.) auszuführen versucht wurde, dabei nur die Immemorialpräscription zulässig erschiene.

Ausnahmsweise kann eine unvordenkliche Verjährung nothwendig werden; wenn nämlich gesetzliche Gründe vorhanden sind, die Zulässigkeit einer anderweitigen Verjährung zu läugnen. Dergleichen können in besonderen Orts- oder Landesrechten begründet sein.

Achtes Buch.

Verjährung im Personenrechte.

I.

Verjährung bei den persönlichen Zustandsrechten.

A.

Im Allgemeinen.

§. 289.

In Beziehung auf die Zustände des Personenrechts findet eine ganz allgemein anwendbare Verjährung Statt, denn wenn sich auch nicht ohne Grund zweifeln läßt, ob die in der Theodosischen Verordnung ausgesprochene Beschränkung der klagbaren Ansprüche auf dreißig Jahre auch diejenigen Ansprüche berühre, welche sich auf die persönlichen Rechtsgrundsätze beziehen, so muß doch wenigstens die vierzigjährige Verjährung in Folge der Anastasischen Verordnung eintreten (vgl. Th. 1. §. 19.). Insbesondere muß dieses gelten, wenn eine Klage angestellt wird, um diese Ansprüche ein für allemal zur Entscheidung zu bringen (praeiudicialis actio).

Merkwürdig ist dabei eine durch Senatsbeschluß eingeführte und durch kaiserliche Verordnungen zum Theil noch näher bestimmte Beschränkung der Klage auf eine Dauer von fünf Jahren[796]). Es steht nämlich fest, daß der persönliche Rechts-

796) Tit. Dig. XL. 15. et Cod. VII. 21. ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur. Nach L. 4. pr. D. cit. war Divus Nerva der erste, der durch ein Edict „vetuit post quinquennium mortis cuiusque de statu quaeri." Doch erwähnt Sueton Tit. c. 8. i. f. von Titus „vetuit . . . quaeri . . . de cuiusquam defunctorum statu ultra certos annos," und

zustand einer Person nur bei ihren Lebzeiten und in den nächsten fünf Jahren nach ihrem Tode anfechtbar sein soll. Dieses ist aber nicht so zu verstehen, als ob nicht nach dieser Zeit für den Verstorbenen ein günstigerer Rechtszustand (status honestior) in Anspruch genommen werden könne, als derjenige ist, in welchem er sich bei seinen Lebzeiten der That nach befunden hat (L. 1. §. 4. L. 3. D. cit.); nur ist nicht erlaubt, daß eine Untersuchung eröffnet werde, um darzuthun, daß der Verstorbene auf einer niedrigeren Stufe der persönlichen Rechtszustände sich befunden habe, als bei seinem Leben angenommen war. So kann also z. B. nach fünf Jahren dargethan werden, daß Jemand, der bei seinem Tode im Zustande der Sclaverei sich befunden hatte, dem Rechte nach ein Freier oder Freigelassener gewesen sei; keineswegs aber kann umgekehrt demjenigen, der als Freier gestorben ist, nach fünf Jahren die Freiheit streitig gemacht werden. Eben so wenig konnte bei demjenigen, der bei seinem Tode in unbestrittenem Genusse des Römischen Bürgerrechts gewesen war, das Bürgerrecht nach fünf Jahren abgestritten werden [797]). Natürlich darf nicht einmal der Rechtszustand eines noch Lebenden oder innerhalb der letzten fünf Jahre Verstorbenen angefochten werden, wenn diese Untersuchung von dem Rechtszustande eines bereits vor fünf Jahren Verstorbenen abhängig ist; denn das ist gerade der Hauptzweck jener Verjährung, daß dadurch mittelbar die Lebenden in ihren persönlichen Rechten geschützt werden, welche sie in den meisten Fällen von einem Verstorbenen abzuleiten genöthigt sind [797a]).

L. 4. 7. 8. C. eod. schreiben diese quinquennii praescriptio einem Senatsschlusse zu. Vielleicht lag dieser dem Edicte des Nerva zu Grunde. Dafür ist besonders, daß in L. 4. C. cit. contra formam scti und darauf secundum formam edicti vorkommt, wo forma scti und edicti gleichbedeutend erscheint. [Dabei hat man doch wohl nur an das ed. perpetuum zu denken.] Unter Titus mochte ein anderer Zeitraum gegolten haben. Vgl. noch Capitol. Marc. c. 10. De statu etiam defunctorum intra qninquennium quaeri iussit. Man weiß nicht, worauf dieß geht.⊕ [Vgl. Schilling Bem. p. 332. Einzelne Spuren führen noch weiter zurück, so L. 4. §. 1. D. h. t. auf Claudius.]

797) Wenn ein entlaufener Sklave gestorben ist, so wird es nicht so angesehen, als sei er im Genusse der Freiheit gestorben. L. 8. C. cit.

797a) L. 1. §. 2. D. eod. Imo nec de vivi statu quaerendum est, si quaestio huius praeiudicium facit ei, qui ante quinquennium decessit; et ita Divus Hadrianus constituit. cf. L. 1. §. 1. L. 2. pr. D. eod. L. 1. 2. 4. 6. C. eod.

Ob eine öffentliche Behörde (fiscus) oder eine Privatperson es ist, welche den persönlichen Zustand des Verstorbenen in Anspruch nimmt, kommt nicht in Betrachtung (L. 1. pr. D. h. t.). Wichtig ist dagegen, daß nicht schon bei Lebzeiten des Verstorbenen seine Persönlichkeit in Anspruch genommen war. Ist jedoch die erhobene Klage lange Zeit liegen geblieben, so wird sie nicht weiter beachtet, und die fünfjährige Verjährung findet unbedenklich Anwendung [798]. [Verwandt ist die Bestimmung, daß ein für Jemandes Ingenuität ergangenes, aber durch Collusion erschlichenes Urtheil nur innerhalb fünf Jahren angefochten werden kann. L. 2. pr. §. 1. D. de collus. det. 40. 16. L. 29. §. 1. D. de lib. caus. 40. 12. L. 2. D. de iur. aur. ann. 40. 10. Bloß der Patron des Libertinus ist an diese Frist nicht gebunden. L. 5. D. si ingen. esse dic. 40. 14.*). Ebenso darf ein angeblich Freigeborener seine desfallsigen Rechte einzig in fünf Jahren nach seiner Freilassung geltend machen, wie ein Senatsschluß aus nicht näher bekannter Zeit**) verordnete. L. 2. §. 1. L. 4. D. eod. Später blieb ausschließlich der Gnadenweg noch offen L. 2. §. 2. D. eod. Diese Vorschrift hat jedoch Justinian nachmals aufgehoben. L. ult. C. ubi caus. stat. 3. 22. vgl. Schilling Inst. d. Röm. Priv.-R. §. 27. Zus. 2.].

B.

Verjährung bei dem Zustande der Freiheit und Unfreiheit.

§. 290.

Die Freiheit ist nach Römischem Rechte von der Verjährung in dem Maße unabhängig, daß weder eine usucapio zu ihrem

798) L. 2. §. 2. D. h. t. „Praescriptio quinque annorum, quae statum defunctorum tuetur, specie litis ante mortem illatae non fit irrita, si veterem causam, desistente qui movit, longo silentio finitam probetur."

*) Vgl. Keller Lit.-Cont. u. Urtheil p. 395 ff. Zimmern R.-G. Bd. I. §. 118. Anm. 9. Mit dem Tode des durch Richterspruch für freigeboren Erklärten hört übrigens jede retractatio, selbst die schon bei seinen Lebzeiten begonnene auf. L. 1. §. 3. D. ne de statu def. 40. 15. Ist das Urtheil ohne iustus contradictor (i. e. qui se patronum esse dicit L. 1. C. de ingen. manum. 7. 14.) gefällt, so ist es nichtig L. 3. D. de collus. det. Ungenau Puchta Inst. §. 175. Not. u.

**) Gegen die Vermuthung der Glosse, ad L. 4. D. cit. v. haec oratio,

Nachtheile Statt finden, noch eine longi temporis praescriptio oder praescriptio XXX vel XL annorum die Ansprüche auf Anerkennung der Freiheit aufheben kann. Ueberhaupt kann keinerlei Verjährung, wie lange sie auch gedauert haben möge, den Verlust der Freiheit zur Folge haben[799]).

Eine Ausnahme findet Statt bei der Römischen Grundhörigkeit, einer Art von Unfreiheit, welche von der Sklaverei unterschieden und mit dem Namen condicio originaria, condicio colonaria, colonatus, inquilinatus, adscripticia condicio bezeichnet wird[800]). Nach einer Verordnung des K. Anastasius wird nämlich ein freier Mensch, wenn er dreißig Jahre lang als Grundhöriger gelebt hat, seiner vollen Freiheit verlustig, obgleich er immer noch vor einem gebornen Grundhörigen die Begünstigung voraus hat, daß ihm das freie Veräußerungsrecht für sein Vermögen gestattet ist[801]). Diese durch Verjährung begründete Grundhörigkeit gilt übrigens nach einer ausdrücklichen Entscheidung Justinian's auch für die Nachkommenschaft eines solchen Grundhörigen, ohne daß es bei den

---

daß dieß dieselbe oratio D. Marci sei, welche die vorher angegebenen Bestimmungen traf, erklärt sich Cuiac. ad L. 4. D. cit. Rec. sol. in Lib. XXII. Quaest. Pap. O. O. Tom. IV. col. 665 sq.

799) Daß eine usucapio bei freien Menschen unanwendbar ist, sieht man aus l. 9. D. de usurp. 41. 3. und §. 1. I. de usuc. Insbesondere sagt die l. 2. pr. D. de statu lib. 40. 7., daß der Anspruch des statu liber auf Freiheit durch usucapio nicht verloren gehe, indem er „cum sua causa" usucapiert wird. Allgemein lautet die l. 3. C. de l. t. pr. q. pro libert. 7. 22. Dort heißt es „Sola temporis longinquitate, etiamsi LX annorum curricula excesserit, libertatis iura minime mutilari oportere, congruit aequitati." Da diese Constantinische Verordnung in unsern Codex aufgenommen ist, so ist anzunehmen, daß die Verordnung des K. Anastasius über die vierzigjährige Verjährung, wie allgemein diese auch lauten mag, keine den Ansprüchen auf Freiheit nachtheilige Anwendung leidet.

800) Man vergleiche über diese Römische Grundhörigkeit v. Savigny's vortrefflichen Aufsatz „über den Römischen Colonat" (Abhdl. d. Berl. Akad. d. Wissensch., Berl. 1823. verm. Schr. Bd. II. p. 1—66.). Die verschiedenen Namen, unter welchen die Grundhörigen vorkommen, sind coloni, coloni dominici, originarii, coloni originarii, coloni originales, adscripticii, inquilini, tributarii, censiti [censibus obnoxii, capite censi, rustici u. s. w.].

801) L. 19. C. de agric. 11. 47. Diese Stelle ist verloren gegangen, und von Cuiacius aus der l. 23. §. 1. C. ib., wo sie erwähnt wird, und nach einer Anführung bei Eustathius [40. 6. ed. Zachariae p. 230.] wiederhergestellt worden. [S. noch Basil. LV. 1. c. 18. Synops. Leuncl. p. 464.]

einzelnen Nachkommen einer neuen Erwerbung bedürfte; doch kommt auch der Nachkommenschaft die vorhin erwähnte Milderung ihres Zustandes zu Gute (l. 23. §. 1. C. de agric. 11. 47.). Daß es zur Begründung dieser dreißigjährigen Verjährung eines gültigen Rechtsgrundes (iustus titulus) bedürfte, ist nicht anzunehmen. Denn da wir über die Erfodernisse derselben keine genaueren Bestimmungen haben, so ist es natürlich, daß wir das Recht zu Hülfe nehmen, welches sonst für die dreißigjährige Verjährung gilt. Nach denselben Grundsätzen wird sich über die Nothwendigkeit des redlichen Bewußtseins (bona fides) urtheilen lassen. — Die Zulässigkeit einer zehn- und zwanzigjährigen Verjährung zur Begründung einer Grundhörigkeit ist zweifelhafter. Nur in einer Verordnung Justinian's ist davon die Rede, und zwar mit einer dem genauen Sprachgebrauche so unangemessenen Bezeichnung, daß man geneigt wird zu glauben, Justinian habe bloß an die dreißigjährige Verjährung gedacht[802]). Da jedoch unter den gebrauchten Ausdrücken auch die longi temporis praescriptio vorkommt, und diese nicht ohne große Willkürlichkeit anders als von einer zehn- und zwanzigjährigen Verjährung verstanden werden kann, so kann man doch wohl nicht umhin, anzunehmen, daß die Grundhörigkeit auch durch zehn- oder zwanzigjährige Verjährung

---

802) L. 20. pr. C. de agric. 11. 47. „. . . . Eos tamen dicimus, qui non *ex longo prolixoque tempore, vel longinqua et inveterata redituum susceptione* sufficientem habent cautelam, in quibus casibus ne contradicendi quidem licentia colonis relinquitur, *longi temporis praescriptione* vel redituum *frequentissima consequentia* colonorum impetus excludente. . . .“ [Die ausgeschriebene Parenthese wird dadurch ungemein hart, daß man bei „eos“ zunächst an die coloni denken muß, während nur die domini gemeint sein können. Darum setzen auch einige Handschriften (s. Kriegel corp. iur. h. l. Not. 12.) am Schlusse dominorum für colonorum, wo natürlich der Dativ colonis von contradicendi abhängig ist. Der Zusammenhang unserer Stelle, welche nur von den Klagen der Colonen spricht, duldet diese Emendation indessen nicht. Dennoch ist hier von einer Begründung der Hörigkeit durch l. t. praescr. nicht die Rede. Voraussetzung der Justinianischen Constitution ist ja, daß die Colonen sich selbst das Eigenthum an ihrer Hufe zuschreiben; kann der Herr nun seinerseits alsbald die Ersitzung des Bodens nachweisen, so bleibt für die nachfolgenden Bestimmungen wegen Cautionsbestellung, Sequestration u. s. w. kein Raum. Die inveterata redituum susceptio darf man dann aber unbedenklich auf die dreißigjährige Verjährung beziehen.]

begründet werde. Natürlich darf dann aber ein rechtlicher Erwerbungsgrund (iustus titulus), wie er bei der longi temporis praescriptio überhaupt erfoderlich ist, nicht fehlen.

Was die Deutsche Leibeigenschaft anbetrifft, so ist Streit darüber, ob man die Möglichkeit einer Verjährung läugnen müsse, weil sie auch bei der Römischen Sklaverei nicht Statt fand, oder ob man sie zugeben solle, weil sie auch bei der Römischen Grundhörigkeit nicht ausgeschlossen war[803]). Da in unserer Zeit der Geist des Rechts der Freiheit günstig ist, so würde ohne Bedenken die erste Meinung vorzuziehen sein. Besondere Landes- und Ortsrechte erscheinen freilich hie und da als abweichend[804]). Gewissermaßen kann man schon in den alten Volksrechten eine Begründung der Leibeigenschaft durch Verjährung nachweisen. Nach den Longobardischen Gesetzen wird eine Frau, die sich einem Leibeigenen verbunden hat, nach Jahresfrist leibeigen[805]). In einem ähnlichen Falle

803) Vgl. Dav. Mevius, Bedenken v. d. Zustand (u. s. w.) d. Bauersleute, Stralsund 1656. S. 29—34. Mevius gestattet die dreißigjährige Verjährung; aber auch eine zehnjährige Verjährung soll (unter Voraussetzung eines gültigen Rechtsgrundes) wenigstens eine Vermuthung für die Leibeigenschaft begründen, so lange nicht die Freiheit erwiesen wird.

804) Z. B. in der Münsterschen Eigenthumsordnung (I. 2. §. 12.) ist eine dreißigjährige Verjährung anerkannt. Mehrere Anführungen hat Mittermaier (Privatr. §. 92. Anm. 10.) Wenn in Folge des sonst von Kurpfalz geübten sogenannten Wildfangsrechtes Leibeigenschaft entsteht, so könnte man sie insoferne als eine durch Verjährung entstandene betrachten, als jenes Recht voraussetzt, daß der Aufenthalt bereits eine Zeit lang gedauert habe; eigentlich ist es aber nicht der Zeitablauf, sondern die occupatio, welche den Zustand der Leibeigenschaft herbeiführt. Vgl. I. F. Rhetius, medit. ad Instit. iur. publ. I. 4. §. 16. „Wann ein Frembder und Einkommender in der Pfalz, auch andern benachbarten Orten, woselbst Ihro Churfürstl. Durchl. das ius Wildfangiatus haben, sich Jahr und Tag häuslich niederläßt, und keinen nachfolgenden Herrn hat, so kommt des Beamten oder Centgrafens Knecht zu demselben, sprechend: Ich nehme euch im Namen meines gnädigsten Churfürsten und Herrn zum Wildfang an und begehre von euch den Fahegulden.“

805) L. 72. Lothar. R. (Walter Tom. III. p. 651.) „Iubemus, ut si cuiuscumque servus liberam feminam sibi ea consentiente in coniugio sociaverit et infra anni spatium secundum legem ad vindictam traditi non fuerint, sicut lex tales personas olim nostro fisco sociabat, ita nostra liberalitate concedimus, ut in potestate et in servitio domini illius, cuius servus fuerit, ambo revertantur.“ Ueber das frühere Recht, auf welches hier Bezug genommen wird, sehe man L. R. Liutprandi IV. 6. (Walter. T. I. p. 768. Baudi p. 106.)

haben die Gesetze der Alemannen und der Bajuwarier eine dreijährige Verjährung [806]). Die Longobardischen Gesetze lassen sogar ganz allgemein eine dreißigjährige Verjährung zu Begründung der Leibeigenschaft zu [807]).

§. 291.

In entgegengesetzter Art finden wir die Verjährung angewendet, um die Freiheit gegen Ansprüche zu schützen. Zwar wird eine usucapio in dieser Beziehung nirgends erwähnt; dagegen finden wir eine ganz besondere Art von dreijähriger Verjährung zum Schutze derjenigen Sklaven, welche nach dreijähriger Probezeit als Mönche eingekleidet worden sind (nov. 5. cap. 2.; nov. 123. cap. 35.) [808]). Außerdem wird, was ungleich wichtiger ist, die longi temporis praescriptio zum Schutze der Freiheit angewendet [809]). Für diese gelten natürlich die allge-

---

806) L. Alamann. XVIII. 5. [vgl. Pertz Monum. legal. T. III. p. 51. 95. 136.] „Si autem tres annos induraverit opus [Walt. perduraverit in opere] ancillae, et parentes eius non exadoniaverint eam, ut libera fuisset, nec ante ducem, nec ante comitem, nec in publico mallo, transactis tribus Kal. Mart. post haec ancilla permaneat in perpetuum, et qui ex ea nati fuerint, servi et ancillae sint.“ Vgl. Decret. Thassil. Duc. Baiuv. §. 12. (Walter Tom. I. p. 297.)

807) L. 1. Grimoaldi (Walter T. I. p. 754. Baudi p. 83.) „Si servus aut ancilla per XXX annos, de quibus rei veritas cognita fuerit, dominis suis serviisset, et per superbiam aut iniusta patrocinia se voluerit de domino suo proprio per pugnam vindicare, nullatenus ei permittimus, sed serviat ei, sicut decet servum aut ancillam proprio domino servire. Similiter et si aldius fuerit, impendat obedientiam suo patrono sicut per XXX annos fecit, et ei nova condicio a domino suo amplius non imponatur, sed liceat ei res suas habere et possidere, quas per XXX annorum spatium iuste possederat.“ [Vgl. Mittermaier §. 92. Not. 11.]

808) Diese Bestimmungen finden sich auch in der nach dem Inhalte geordneten Sammlung der Capitularien (von Ansegisus und Benedictus Levita), V. 380. (Walter T. II. p. 579.). Kaiser Leo (nov. 10.) hat die Verordnungen Justinian's außer Kraft gesetzt.

809) [Die ersten Spuren davon zeigen sich gegenüber der Ungültigkeit von Freilassungen in fraudem creditorum nach der lex Aelia Sentia vgl. Puchta Inst. §. 212 a. E.] L. 16. § 3. D. qui et a quib. man. 40. 9. „Aristo respondit, a debitore fisci, qui solvendo non erat, manumissum ita revocari in servitutem debere, si non diu in libertate fuisset, id est, non minus decennio . . “ — L. 1., L. 2. C. de l. t. pr. q. pro libert. 7. 22. (Dioclet. u. Maxim.). Praestat firmam defensionem libertatis ex iusto

meinen Bedingungen und Erfodernisse der longi temporis praescriptio. Demzufolge glaube ich annehmen zu dürfen, daß bei Sklaven, welche die Eigenschaft einer der longi temporis praescriptio entzogenen Sache an sich tragen, eine Verjährung zum Schutze der Freiheit nicht eintreten kann. Wenigstens läßt sich aus l. 1. C. de serv. fugit. 6. 1. erweisen, daß ein entlaufener Sklave von der longi temporis praescriptio keinen Gebrauch machen kann, weil er sich durch das Weglaufen gleichsam zu einer entwendeten Sache macht. Den Grundsätzen der longi temporis praescriptio ist es ferner gemäß, daß der Besitz der

---

initio longo tempore obtenta possessio. Favor enim libertati debitus et salubris iam pridem ratio suasit, ut his, qui bona fide in possessione libertatis per XX annorum spatium sine interpellatione morati essent, praescriptio adversus inquietudinem status eorum prodesse debeat, ut et liberi et cives Romani fiant.“ (Diese Stelle hat schon zur Zeit der Glossatoren zu der Streitfrage Veranlassung gegeben, ob im Falle des Zusammenseins — inter praesentes — ein Zeitraum von zehn Jahren genügen könne, da ja doch die Stelle nur von zwanzig Jahren spricht. Vgl. Haenel Diss. dom. vet. coll. §. 73. Roger. §. 76. Hugol. §. 309. Die vorher angeführte Digestenstelle gestattet aber keinen gegründeten Zweifel.) L. 3. (7.) Th. Cod. de lib. caus. 4. 8. (Constantin.) „Legis promulgatio, quae per sedecim annos bona fide in libertate durantes contra eos, qui inquietant, praescriptione defendit, non opitulatur his, qui ex ancillis matribus et ingenuis patribus orti per id tempus in libertatis affectu cum parentibus perdurarint, quandoquidem, nullo praecedente iusto legitimae possessionis initio, usurpatio libertatis nuda iactetur, cum neque redemtio a servitute, neque vicarii traditio servuli, vel peculii assignatio valeat demonstrari, qui tituli possint famulatus nexibus liberare eum, qui convenitur, si quo ex iis genere usus in libertate esset per annos sedecim demoratus ....“ Was ist aber dieses für eine lex, welche eine Verjährungszeit von sechzehn Jahren zum Schutze der Freiheit festgesetzt haben soll? Wir wissen es nicht. Wäre es eine alte lex, z. B. die lex Aelia Sentia (an welche wohl schon gedacht worden ist), so könnten nicht in der Digestenstelle und in der Verordnung Diocletian's die gewöhnlichen Fristen der longi temporis praescriptio (zehn und zwanzig Jahre) vorkommen; oder wir müßten annehmen, daß die Hand Tribonian's hier im Spiele sei. Denken wir uns aber unter der lex eine Verordnung Constantin's, so ist eine solche Annahme gar nicht nöthig. Im Justinianischen Rechte ist das ältere Recht wiederhergestellt, indem man die darauf sich beziehenden beiden ersten Stellen aufnahm, und die Constantinische Verordnung wegließ. [Uebereinstimmend Haenel Cod. Theod. ad h. l. not. n. Zimmern Gesch. d. Röm. Priv.-R. Bd. I. §. 211. Not. 15—18., der indessen ohne Noth Interpolationen in L. 16. §. 3. D. cit. und L. 2. C. cit. annimmt. Puchta Inst. §. 212 a. E.]

Freiheit zugleich ein redlicher Besitz sei [810]). Dazu gehört aber ein gültiger Rechtfertigungsgrund (titulus) *). Es scheint nicht, daß dieser eine förmliche Freilassung voraussetzte; es genügt, wenn ein Lösegeld gegeben worden ist, oder ein Lostausch (z. B. vicarii servuli traditio) Statt gefunden hat. Auch die peculii assignatio wird erwähnt, wobei Jac. Gothofredus (comm. ad l. 3. Th. C. de lib. caus.) an ein Ueberweisen des Sonderguts an den Sklaven zu wahrem Eigenthume denken zu müssen glaubt, während ich lieber an einen Fall denken möchte, wo das Sondergut an den Herrn statt eines Lösegeldes überlassen worden ist. Ob in den Fällen, wo es an einem redlichen Freiheitsbesitze fehlt, nicht wenigstens eine dreißigjährige oder doch eine vierzigjährige Verjährung begründet werde, und vermittelst einer praescriptio Schutz gegen Ansprüche gewähre, ist eine andere Frage, die in Ansehung der dreißigjährigen Verjährung füglich verneint werden kann, weil bei dieser überhaupt nicht erweislich ist, daß sie einen Schutz gegen praeiudiciales actiones bezweckt habe (vgl. Th. 1. §. 18.), die aber in Ansehung der vierzigjährigen Verjährung mit gutem Grunde bejaht werden mag, indem bereits gezeigt ist (vgl. §. 289.), daß sie zum Schutze eines persönlichen Rechtszustandes, in welchem man sich seit vierzig Jahren befunden hat, allerdings Statt findet.

Merkwürdig ist, daß die Verjährung der Freiheit gegen Grundhörigkeitsansprüche nach verschiedenen Grundsätzen beurtheilt wird. Zwar die dreijährige Verjährung zu Gunsten der in einem Kloster Eingekleideten findet sich auch hier (nov. 123. cap. 35.). Dagegen ist von einer eigentlichen longi temporis praescriptio nicht die Rede. Dafür wurde von Honorius bestimmt, daß für Grundhörige männlichen Geschlechts ein dreißigjähriger, und für weibliche Grundhörige ein zwanzigjähriger Freiheitsbesitz eine Verjährung begründen soll (l un. Th. Cod. de inquil. 5. 10.) [811]). Daß dieser Freiheitsbesitz ge-

---

810) Man vergleiche die in der vorigen Anmerkung angeführten Stellen und l. 1. C. de l. t. pr. q. pro lib. 7. 22.

*) Nur von processualischen Vortheilen, nicht von einer Ersitzung der Freiheit ist die Rede in L. 5. (9.) C. Th. de lib. caus. 4. 8., deshalb wird dort auch ein iustum initium für die libertatis possessio nicht gefordert. vgl. Zimmern a. a. O. p. 775.

811) Valentinian III. dehnte diese Verordnung des Honorius auf die zu einem fundus iuris patrimonialis, perpetui, emphyteuticarii vel rei

rechtfertigt sein müsse, wenn die Verjährung eintreten soll, ist nicht gesagt, im Gegentheil sieht man aus Nov. Valent. Tit. 30. (ed. Haen.), daß auch entlaufene Grundholden durch diese Verjährung Schutz erlangen. Bei dieser Verfügung blieb es bis auf Justinian, der die Verjährung der Freiheit abschaffte, weil sie theils für den Anbau des Bodens, theils für die Grundeigenthümer verderblich sei (l. 23. pr. C. de agric. 11. 47.)*). Schon vorher hatte derselbe Kaiser diese Art der Verjährung zu beschränken gesucht, indem er verordnete, die Kinder sollten als einen Besitz der Freiheit nicht anführen können wenn sie von dem Grundstücke, dem sie angehören, zu einer Zeit abwesend waren, da dieses von ihren Eltern oder Verwandten bewirthschaftet wurde; erst von dem Tode derselben, oder von der Zeit, wo sie zum Anbau untüchtig werden, sollte der Freiheitsbesitz seinen Anfang nehmen können (l. 22. pr. C. ib.).

§. 292.

Die Grundsätze, welche im Römischen Rechte von der Sklaverei gelten, können füglich auch bei der Deutschen Leibeigenschaft angewendet werden; denn da kein genügender Grund vorhanden ist, das von Justinian in Beziehung auf die adscripticii ausgesprochene Verbot der Verjährung als anwendbar zu betrachten, weil es offenbar mit der Römischen Verfassung, und namentlich auch mit dem Steuerwesen zusammenhängt, so ist nicht abzusehen, warum nicht die in Beziehung auf Befreiung von der Sklaverei geltenden Grundsätze um so mehr angenommen werden sollen, als es sich hier um die Begünstigung der Freiheit handelt. Läßt man diese Grundsätze gelten, so würde den früheren Entwickelungen zufolge (vgl. §. 290.), unter Voraussetzung eines gültigen Rechtfertigungsgrundes eine zehn- und zwanzigjährige, und außerdem eine vierzigjährige Verjährung eintreten müssen. Bei entlaufenen Leibeigenen und überhaupt bei allen, die sich's bewußt sind, daß sie leibeigen sind, wird mit Rücksicht auf das kirchliche Recht jede Verjährung auszuschließen sein (Dav. Mevius,

---

publicae gehörigen Grundhörigen aus (nov. Valentin. Tit. XXVI. §. 4. ed. Haen.).

*) Vgl. unten §. 295.

Bed. v. d. Zustande d. Bauersl. S. 75—82.). Die zehn-, zwanzig-, dreißig- und vierzigjährige Verjährung, welche nach mehreren Deutschen Stadt- und Landrechten die Unfreiheit aufhebt, (vgl. Riccius, spec. de praescript. Germ. cap. 17. §. 14.), ist eigentlich eine Anwendung des Römischen Rechts, obgleich zum Theil auf Mißverständnissen beruhend, und zum Theil absichtlich abweichend. Rechtsgrundsätze, welche dem einheimischen Rechte eigenthümlich waren, und einheimische Rechtsgrundsätze, welche darauf Anspruch machen könnten, als gemeines Recht zu gelten, finden wir nicht. Zwar zeigt die älteste Zeit Spuren einer Anwendung der dreißigjährigen Verjährung, namentlich in den Westgothischen[812]), Burgundischen[813]) und Longobardischen Gesetzen; aber es sind dieses eben nichts weiter als einzelne Spuren. Wichtiger ist die im zwölften, dreizehnten und vierzehnten Jahrhunderte den Deutschen Städten nicht selten verliehene Begünstigung, zufolge deren denjenigen, welche in einer solchen Stadt als Bürger aufgenommen sind, ein gewisser Schutz zu Theil wird, wenn sie nach Jahr und Tag als Leibeigene in Anspruch genommen werden. Diese auch außerhalb Deutschlands, z. B. in Frankreich, in den Niederlanden, in England, Schottland und in der Schweiz verbreitete Verjährung[814]) findet sich so häufig als ein den Deutschen Städten

812) L. Visigoth. III. 2. §. 3. (Walter T. I. p. 472.) „Quod si hi, qui de tali contubernio (scil. mulieris ingenuae et servi) exstiterint geniti, per XXX annos per testem legitimum se ingenuos mansisse docuerint a servitutis catena soluti, ingenuitatis se gaudeant titulo decorati . . . . ." Sonst findet die dreißigjährige Verjährung nur Statt, um den Besitzer eines Leibeigenen gegen Eigenthumsansprüche zu schützen (L. Visigoth. X. 2. §. 3.), nicht aber, um dem Leibeigenen den Genuß der Freiheit zu sichern. Nur eine funfzigjährige Verjährung schützt den entlaufenen Sklaven gegen die weitere Verfolgung des Herrn (ibid. X. 2. §. 2.) [Vgl. die antiqua 277. bei Blume p. 2 ff.]

813) L. Burgund. Add. I. XIX. 1. (Walt. T. I. p. 348.) „Si quis *intra annos triginta* sub ingenuitatis spatio vagantem in servitutem vocare voluerit, non aliter quam apud iudicem statutum eum pulset."

814) Vgl. F. J. Bodmann, Rheingauische Alterthümer (Mainz 1819.) S. 383. Anm f. Ueber die insbesondere in den Schweizerischen Städten vorkommende Freiheitsverjährung sehe man Henke, in der Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft, Bd. 3. S. 212. Anm. 54. Auf eine bei Martene und Durand (collect. ampl. T. 1. col. 709.) befindliche Urkunde, Belgien betreffend, hat mich Professor Stenzel aufmerksam gemacht, dem ich auch einige andere Nachweisungen in dieser Lehre verdanke.

durch kaiserliche oder auch wohl landesfürstliche Verleihung zu Theil gewordenes Recht, daß sie im Sächsischen Weichbilde geradezu wie ein den Städten zustehendes gemeines Recht angeführt wird[815]). Das Verzeichniß von 31 Deutschen Städten, welches ich als Beleg dieser Behauptung zu geben im Stande bin, ließe sich bei umfassenderer Gelehrsamkeit gewiß ansehnlich vermehren[816]). Im Zusammenhange mit diesem die Städte

815) Sächs. Weichb. Art. 4. [v. Thüngen art. 7.] Welch man in weichbilde gesessen hat Jar vnnd tag an aller hande ansprache, der mag seine freyheit bas beweysenn Vnnd behaldenn selb sybende seiner nehesten mage wer dy sein drey von dem vater vnnd drey von der muter, dan yn ymant zu eygenn behaldenn muge — §. 1. Welcher man hat gesessen in weichbilde iar vnd Tag vnuorsprochenn vnnd vnbescholdenn an seinen rechtenn, den mag niemant verwerffen von seinem rechten noch beschelden, Er habe sein recht danne Vorwurcht alszo das er ein versprochener man sey —.

816) Ich glaube es entschuldigen zu können, wenn ich diesen Nachweisungen, die für die Geschichte der Städtebildung nicht ohne Wichtigkeit sind, eine Anmerkung widme. Die Orte mögen nach der Buchstabenfolge aufgeführt werden, es sind folgende: Altenburg. Die Verleihung Heinrich's des Erlauchten ist v. J. 1256. Vgl. Liebe's Nachlese zu Heinr. d. Erlauchten Lebensbeschr. §. 19. In dem Altenburg. Stadtrechte v. J. 1555. (in Walch's Beitr. z. Deutsch. Rechte, Th. 3. S. 95.) heißt es demnach „Ob ein eigen gebohrn Mensch in die Stadt käme, und darinnen Jahr und Tag ohn Anspruch sich enthielte, der kann darnach vor eigen nicht angesprochen noch gefodert werden.“ Anweiler. Die Verleihung K. Friedrich's II. ist v. J. 1219. Vgl. Ge. Chr. Ioannis tabular. litterarumq. veter. spicil. pag. 454. Apenrade. Das Recht von 1284. (bei Dreier, verm. Abhandl. Th. 3. S. 1387.) sagt im Art. 21. „Effte ein Buerßman queme van dem Lande, unde wurde Bürger, unde blifft in der Stadt unbeclagett Jahr unde Dach, datt he quadtlichen (d. h. böslicherweise) undt deeflicken (d. h. furtim) wech föer, he wehre sick mit XII Mans Eeden.“ Braunschweig. Schon in dem von K. Friedrich II. im J. 1232. bestätigten Stadtrechte (bei Leibnitz, script. rer. Brunsvic. T. 3. p. 436.) heißt es, I. 34. „Swelik man to Brunswich is borghere Jar unde Dach sunder ansprake, denn mag neyn man vörderen.“ Spätere Bestätigungen finden wir v. J. 1314. durch H. Otto (bei Lünig, part. spec., cont. 4. p. 2. Fortsetz. B. p. 220.) und v. J. 1417. durch K. Siegmund (vgl. acta concil. Const. T. V. part. 6. pag. 174.) Brekenfeld. Die Verleih. des Gr. Dietrich von der Mark ist v. J. 1396. Vgl. von Steinen, Westphäl. Gesch. St. 20. S. 1270. Bremen. Die Verleih. K. Friedrich's I. ist v. J. 1186. Vgl. Limnaei addit. iur. publ. T. 1. p. 173. Lünig's Reichsarchiv, part. spec. cont. 4. 1. pag. 220. „Si quis vir vel mulier in civitate Bremensi sub eo, quod vulgo dicitur Wicbilethe, per annum et diem nullo impetente permanserit, et si quis postea libertati eius obviare

begünstigenden Rechte steht freilich auf der andern Seite, daß so häufig Gesetze vorkommen, welche den Städten es streng

voluerit; autori silentio improbationis imposito, liceat ei dicti temporis praescriptione libertatem suam probare, excepta omni familia Bremanae ecclesiae et omni ecclesiarum ad eam suae rationis iure pertinentium." Dortmund. Die Verleih. K. Ludwig's d. Baiers ist v. J. 1332. Vgl. Lünig's Reichsarchiv, part. spec., cont. 4., p. 2. pag. 443. Eisenach. Die Verleih. des Landgr. Albert ist v. J. 1293. Vgl. Paullini annal. Isenac. p. 57. Freiburg. Vgl. d. Stadtr. v. J. 1120. (bei Gaupp, über Deutsche Städtegründung, S. 398.) Art. 52. „Quicumque in hac civitate diem et annum nullo reclamante permanserit, secura de caetero gaudebit libertate." Goßlar. Die Verleih. K. Friedrich's II. ist v. J. 1219. Vgl. I. M. Heineccius, antiquit. Goslar. ad ann. 1219. (pag. 218.) Hagenau. Die Verleih. K. Albrecht's I. ist v. J. 1299. (bei Schöpflin, Alsat. diplom. t. 2. pag. 73.) Hamburg. Vgl. Cod. iur. Hamburg. de ann. 1280. (bei Westphalen, monum. ined. Tom. 4. p. 3007.), part. VII. art. 17. Im Stadtrechte v. J. 1497. (bei Walch, Beitr. z. Deutsch. Rechte, Th. 6. S. 61.) litt. A. Art. 12. kommt dagegen eine zehnjährige Verjährung vor, wie sie auch durch einen Freibrief K. Friedrich's II. der Stadt Regensburg verliehen ist (vgl. Lünig's Reichsarchiv, part. spec., cont. 4. p. 2. pag. 262.) Auch das Mindner Stadtrecht, I. 3. Art. 2., hat die zehnjährige Verjährung. Hameln. Der Freibrief H. Albert's v. J. 1277. (bei v. Ludewig, reliq. manuscr. et dipl. Tom. 10. p. 24.) sagt „Item ius civitatis est: quicunque intrat vel intrabit civitatem, et mansit vel manebit in ea anno et sex septimanis absque querimoniis, ulterius a nullo potest impeti de aliquo iure vel servitio, sed pro libero habebitur." Hildesheim. Die Verleih. des Bisch. Heinrich (de iure advocat. Hildes.) findet sich bei Grupen, orig. et antiquitat. Hanover. p. 236., und Pufendorf, app. ad T. III. obs. iur. univ. pag. 284. Hörter. In den aus dem 13. Jahrh. stammenden ungedruckten Statuten von Hörter heißt es „Quicunque Huxariam intraverit et communionem civitatis scilicet burscap conquisierit, si anno et die absque impetitione aliqua et incusatione residenciam fecerit, illum pro cive debito habere volumus." (Vgl. Wigand, Archiv z. Gesch. und Alterthumskunde Westphalens, Heft 1. Hannov. 1825. 8. p. 27 ff.) Ingolstadt. Die Verleih. K. Ludwig's des Baiers ist v. J. 1312. (in v. Krenner's Anleit. zur näheren Kenntn. d. Baier. Landtage d. Mittelalters, S. 99.) Kolmar. Das Stadtrecht, welches diese Bestimmung enthält, ist v. J. 1293., und findet sich in Schöpflin's Alsatia diplom. T. 2. pag. 73. Lindau. Die Verleih. K. Rudolph's I. ist v. J. 1275. Vgl. Conring, censura diplom. Ludovici, cap. 14. pag. 267. Lippe. Die Verleih. d. Gr. Bernhard v. J. 1240. (in d. app. zu Pufendorf's obs. i. univ. T. III. pag. 410.) Art. 7. lautet also „Quicunque infra civitatem sine contradictione vel obiectione anno et die moratus fuerit, *in civem recipi potest*; *et* si postea quis eum arguendo pulsaverit, de obiectis se potest expurgare salvo iure." In einer andern Verleihung desselben Gr. Bernhard (ebend. S. 407.) fehlen die ausgezeichneten Worte.

untersagen, eigene Leute als Bürger aufzunehmen (vgl. Riccius, specim. de praescr. iur. germ. cap. 17. §. 9.). Diese Ver-

Lübeck. In dem Gnadenbriefe K. Friedrich's I., durch welchen die Verleihungen Heinrich's des Löwen bestätigt werden, (in Lünig's Reichsarch., part. spec., cont. 4. p 1. pag. 1331.) heißt es „Si vero quispiam de terra ipsorum aliquem civem de sua libertate pulsaverit, et pulsatus probare poterit, quod annum et diem in civitate sine pulsatione substiterit, pulsatus evadit.“ Vgl. Lübeck. Statut. I. 3. Art. 3. Lüneburg. Die Verleih. H. Otto's d. Knaben ist v. J. 1247. Vgl. Rhetemeyer, Braunschw. Lüneburg. Chronik, Th. 3. cap. 27. (Bd. 1. S. 465.) Neuland (terra nova) bei Hamburg. In der Charta Ottonis ducis accolis terrae novae data (in d. append. zu Tom. 2. der Pufendorf'schen obs. i. u. pag. 5.) heißt es „Si aliquis a dominio alterius principis ad terram hanc inhabitator venerit et per annum perseveraverit habitando; licet proprius fuerit, reputabitur esse liber“ Nordhausen. Die Verleih. K. Rudolph's I. ist v. J. 1290. (in Lünig's Reichsarchive, part. spec., cont. 4. p. 2. pag. 66.) Pritzwalk. Die Verleih. d. Markgr. Johann I. und Otto III. v. Brandenburg ist v. J. 1256. Vgl. Buchholz Geschichte d. Mark Brandenb. Th. 4. Anh. v. Urk. S. 89. Soest. Die Aude Schrae (bei Emminghaus, memorab. Susat. pag. 185.) Art. 151. sagt „Hedde ouk eyn eyghen Mensche de Burschap hir ghewunnen, würde eme de von der Herschap binnen Jar ande Daghe besproken, also eyn Recht is, dey sal sich mit der Herschap vorwunnen, also dat hey eme dey Wonninge hir ghünne ....“ Speier. Die Verleih. d. K. Wenzel ist v. J. 1397. Vgl. Lehmann, chronic. Spir. lib. VII. cap. 70. pag. 768. Stade. Die Verleih. K. Otto's IV. v. J. 1209. (in d. app. zu Tom. 2. der Pufendorf'schen obs. iur. un. p. 154.) lautet fast wörtlich wie die Verleihung K. Friedrich's I. für Bremen; nur der Schluß fehlt. Vgl. die Stade'schen Statuten, VII. 14. (ebend. in d. app. zu Tom. 1. p. 213.) Straßburg. In dem Straßburger Rechtbuche, fol. VII. u. fgg. (vgl. Iac. Wencker, disquis. de Pfalburgeris, pag. 59.) heißt es „Ist de heins Herren eygen, besetzet In der In Joresfrist, Man lasset In Im folgen.“ In einer Urkunde K. Karl's IV. v. J. 1354. (ebend. S. 42.) ist auf diese Verjährung Rücksicht genommen. Ulzen. Die Statuten v. J. 1270. (in d. app. zu Tom. 1. der Pufendorf'schen obs. p. 240.) heißt es bereits „Si quis in ipsa civitate annum et diem transegerit non inquisitus a domino suo, pro libero homine habetur et a nemine in posterum impetatur.“ Die Verleih. d. H. Johann ist v. J. 1272. Vgl. Pfeffinger, Gesch. d. Braunschw. Lüneburg. Hauses Th. 2. S. 340. Blessen. Das Recht v. J. 1270. (in J. W. Hoffmann's Samml. ungedr. Nachricht. Docum. u. Urkund. Th. 1. S. 247.) sagt „We an der sulven Stad besittet Jar und Dach ungevordert van sinen Heren, den scal me hebben vor ene vrigborn Mynschen unanghedegedinget van alsweme.“ Wien. Die Verleih. K. Friedrich's II. v. J. 1237. ist neuerlich wieder abgedruckt in Hormayr's Wien, 1. Jahrg. 2. Bd. Urkundenbuch, S. XXVIII. Zelle. Schon die im J. 1301. vom H. Otto bestätigten Zelle'schen Gesetze (bei Leibnitz, script. rer. Brunsvic. Tom. III. p. 483.) enthalten beinahe wörtlich das Braunschweiger Recht.

jährung von Jahr und Tag gewährt genau genommen nicht die Freiheit, sondern schützt nur die eigenen Leute, so lange sie Bürger bleiben, gegen mögliche Ansprüche der Herren. Erst in späterer Zeit, als man zur Begründung dieser Verjährung auch verlangte, das derjenige, welcher sich dieselbe zu Nutze machen will, nicht wissen dürfe, daß er ein Höriger sei, fiengen die Rechtsgelehrten an, die Verjährung geradezu als Erwerbungsart der Freiheit zu betrachten.

C.

Verjährung des Bürgerrechts.

§. 293.

Eine eigenthümliche Verjährung zum Behufe der Erwerbung des Bürgerrechts kommt in den gemeinrechtlichen Quellen nicht vor. Der allgemeinen für die klagbaren Ansprüche geltenden Verjährung wird inzwischen die Anwendung nicht abgesprochen werden können. Einige meinen, diese könne nur eine vierzigjährige sein. In der That läßt sich diese Behauptung sehr gut vertheidigen, wenn man sich erinnert, wie es sehr zweifelhaft ist, ob bei den personenrechtlichen Ansprüchen überhaupt eine dreißigjährige Verjährung zulässig sei (vgl. §. 289.). Nur muß man nicht eine Begünstigung der Städte als Grund anführen wollen, indem es gar nicht erweislich ist, daß die dreißigjährige Verjährung gegen Städte keine Anwendung finden könne (vgl. Th. 1. §. 45.).

Eben so wenig finden wir eine eigenthümliche Verjährung zum Behufe der Aufhebung des Bürgerrechts erwähnt. Aber gewiß ist, daß der Anspruch auf das Bürgerrecht nach vierzig (oder wie man gewöhnlich annimmt, schon nach dreißig) Jahren nicht mehr klagbar verfolgt werden kann. Diese Zeit läuft nicht, so lange man im Genusse des Bürgerrechts sich befindet; aber auch nicht, wenn man es freiwillig nicht ausgeübt hat, ohne daß es bestritten worden wäre, weil in diesen Fällen von einem Versäumnisse der Klage nicht die Rede sein kann. In dem Eisenbergischen Stadtrechte v. J. 1610. (in Walch's Beitr. z. Deutsch. Rechte, Th. 2. S. 265.) habe ich die Verjährung von Jahr und Tag in der Art angewendet gefunden, daß je-

der wegziehende Bürger sein Bürgerrecht nur noch Jahr und Tag behält; von allgemeiner Verbreitung scheint diese Anwendung der Verjährung von Jahr und Tag zu keiner Zeit gewesen zu sein.

II.

Einfluß der Verjährung auf die personenrechtlichen Verhältnisse.

A.

Im Allgemeinen.

§. 294.

Es wird vor allen Dingen zu untersuchen sein, ob es in Ansehung der personenrechtlichen Verhältnisse eine allgemein durchgreifende Verjährung gebe. Beziehen wir die Frage I. auf die erwerbende Verjährung, so ist sie sofort zu verneinen. Bloß die Gewalt des Grundherrn über den Römischen Grundhörigen entsteht durch Verjährung (vgl. §. 290.). II. Eher könnte man eine befestigende Verjährung vertheidigen. Insoferne nämlich ein solches personenrechtliches Verhältniß vermöge eines Rechtsgeschäfts, z. B. mittelst einer Ehe, Annahme an Kindesstatt u. s. w., eingegangen wird, oder die mittelbare Folge eines solchen Rechtsgeschäfts ist, und nun die Frage entsteht, ob man nach einer gewissen Zeit das Rechtsgeschäft durch eine Nichtigkeitsklage anfechten könne, möchte man glauben, daß die Verordnung des jüngeren Theodosius, der alle Klagen der dreißigjährigen Verjährung unterwirft, oder doch die des K. Anastasius, der auf alle Fälle sie nicht über vierzig Jahre dauern lassen will (vgl. Th. 1. §. 19.), zur Anwendung kommen müsse. Dem steht entgegen, daß die Römer sich die Nichtigkeitsklage nicht als ein selbständig ausgebildetes klagbares Recht gedacht haben; daher bei ihnen von einer querela nullitatis nirgends die Rede ist.

Darf die fünfjährige Verjährung, durch welche der persönliche Zustand der Verstorbenen geschützt wird (vgl. §. 288.), auf das Recht der persönlichen Verhältnisse übertragen werden? Ich glaube eine solche Uebertragung läugnen zu dürfen, weil in der l. 5. C. ne de statu def. 7. 21. ausdrücklich gesagt ist, daß es auf diese fünfjährige Verjährung nicht ankomme, wenn die Rechtmäßigkeit einer emancipatio geprüft werden soll*). Ich würde sie daher überhaupt nicht berücksichtigen, wenn z. B. über die Rechtmäßigkeit eines ehelichen Verhältnisses, über ein Verhältniß der väterlichen Gewalt u. d. gl. zu entscheiden ist.

B.

Verjährung, angewendet auf das Verhältniß der Gewalt über Unfreie.

§. 295.

I. Die Gewalt (*potestas*) des Herrn über die Sklaven wird in dem Römischen Rechte ganz und gar als Eigenthum behandelt, daher die Grundsätze der Eigenthumsverjährung eintreten, so wie sie bei beweglichen Gegenständen überhaupt Statt finden. Daß derjenige, über dessen Herrschaft die Verjährung entscheiden soll, ein Sklave sei, wird natürlich vorausgesetzt (vgl. §. 290.); die Eigenthumsverjährung entscheidet nur zwischen denjenigen, welche die Herrschaft über einen anerkannten Sklaven in Anspruch nehmen, nicht aber über die Frage, ob Jemand als Sklave zu betrachten sei.

II. Die Gewalt des Grundherrn (*patronus*) über die Römischen Grundhörigen[817]) ist nicht als ein Eigenthum behandelt, was unmöglich war, da man den Grundhörigen als eine rechtsfähige Person, und nicht, gleich dem Sklaven, als eine Sache betrachtete. Wenn aber gleich die Anwendung der Eigenthumsverjährung auf dieses Verhältniß unstatthaft erscheinen muß, so finden wir doch eine eigenthüm-

*) Nur soll der emancipierende Vater selbst nach dem Tode seines Kindes die Gültigkeit der Emancipation nicht anfechten dürfen L. 25. pr. D. de adopt. 1. 7. vgl. Sell Jahrb. I. p. 168; unter Anm. 819.

817) Für den Gebrauch des Ausdrucks potestas zur Bezeichnung des dem Grundherrn zustehenden Rechts beweist l. 21. C. de agric. 11. 47.

liche Verjährungsweise für diese grundherrliche Gewalt. 1) Insoferne durch dreißigjährigen Besitz eine Grundhörigkeit auch in Ansehung solcher Menschen entstehen kann, welche früher außer allem Grundhörigkeitsverbande sich befunden haben, tritt natürlich eine Erwerbung der grundherrlichen Gewalt zu Gunsten desjenigen ein, auf dessen Grund und Boden der dreißigjährige Aufenthalt Statt gefunden hat (vgl. §. 290.). 2) Fremde Grundhörige können, wenigstens vor Justinian, durch Verjährung an eine neue Grundherrschaft übergehen. Schon in der Verordnung des K. Honorius, durch welche eine Verjährung von dreißig- (oder, für weibliche Grundhörige, von zwanzig) Jahren zum Schutze gegen grundherrliche Ansprüche eingeführt wurde, ist bestimmt, daß dieser Schutz nicht bloß zu Gunsten des Grundhörigen, wenn dieser sich im Besitze der Freiheit befindet, sondern auch zu Gunsten des gegenwärtigen Grundherrn gelten soll (l. un. Th. C. de inquil. 5. 10.). K. Valentinian III. bestätigte diese Grundsätze insbesondere auch in Beziehung auf solche Grundhörige, die zu einem fundus iuris perpetui, emphyteuticarii, patrimonialis et reipublicae gehören (nov. Valent. tit. XXVI §. 4. ed. Haen.). Späterhin hat Valentinian durch eine neue Verordnung (nov. Valent. tit. XXX ed. Haen.) das Beste der Grundherrn noch mehr begünstigt. Wenn nämlich der Grundhörige, der seine Stelle verlassen hatte, eine Zeit lang sich herumtrieb, ohne sich anderswo anzusiedeln, oder wenn er die Stellen während der dreißig Jahre wechselte, so war er durch den Ablauf der Verjährungszeit von aller Grundhörigkeit frei, denn der ursprüngliche Grundherr hatte seine Ansprüche verloren, ohne daß neue Ansprüche begründet worden wären. Nun aber will der Kaiser, daß in solchen Fällen der Grundhörige nicht frei werde, sondern in eine neue Grundhörigkeit übergehen soll. Demnach gehört jetzt zur Erlangung der grundherrlichen Gewalt über einen solchen Herumstreicher gar nicht einmal ein fortgesetzter dreißig- (oder zwanzig-) jähriger Besitz, sondern es ist verfügt, daß derjenige Grundherr den Hörigen behalten soll, auf dessen Grund und Boden derselbe sich während der dreißig (oder zwanzig) Jahre am längsten aufgehalten hat; bei gleicher Dauer des Aufenthalts entscheidet der letzte Besitz. Justinian hat diese Verordnungen

nicht in seine Sammlung aufgenommen[818]). Wenn es also für das Justinianische Recht dennoch eine Verjährung zu Gunsten des grundherrlichen Rechts geben soll, so kann diese nur eine Folge neuer, allgemeinerer, bei der Verjährung geltenden Rechtsgrundsätze sein. Die longi temporis praescriptio, welche übrigens nur dem redlichen Erwerber zu Gute kommen könnte, darf wohl ohne Bedenken für unanwendbar erklärt werden, da sich eine Anwendung dieser praescriptio nur für solche Fälle nachweisen läßt, in welchen es um den Schutz eines wirklichen Eigenthumsbesitzes zu thun ist. Anders verhält es sich mit der dreißigjährigen Verjährung, welche ja überhaupt gegen alle in rem speciales actiones begründet ist (vgl. Th. 1. §. 18.), denen die Klage, mit welcher der Grundherr seine Hörigen von dem gegenwärtigen Besitzer zurückfodert, füglich beigesellt werden kann*). Ist von Grundhörigen die Rede, welche einem zum Staatsgute gehörigen oder nach dem Rechte des Staatsguts zu beurtheilenden Grundstücke angehören, so tritt die vierzigjährige Verjährung an die Stelle der dreißigjährigen (vgl. Th. 1. §. 46.). Dasselbe gilt, wenn das Grundstück zum Kirchengute gehört (vgl. Th. 1. §. 40. 41.). Bei dieser dreißig- und vierzigjährigen Verjährung wird es darauf ankommen, daß der neue Besitzer des Grundhörigen dreißig oder vierzig Jahre lang ununterbrochen im Besitze des Grundhörigen sich befunden hat. Ob sein Besitz redlich oder unredlich ist, darauf kann es nicht ankommen**).

III. Bei derjenigen Art von Gewalt, welche im früheren Römischen Rechte bei denjenigen Statt fand, von welchen man sagte, daß sie *in mancipio* seien, ist, so viel wir wissen, niemals von irgend einer Verjährung die Rede gewesen, obgleich sie mit dem Rechte des Herrn über die Sklaven eine gewisse Aehnlichkeit hatte.

---

818) Aus der l. un. Th. C. de inquil. 5. 10. ist zwar ein Theil in den Justinianischen Codex aufgenommen (l. 16. C. de agric. 11. 47.), dieser enthält aber nichts von der Verjährung.

*) A. M. scheint Puchta Pand. §. 89. Not. f. Die Motive des Gesetzes führen allerdings darauf hin, dem Patron in allen Fällen die Vindication des Colonen ohne Zeitbeschränkung zu gestatten.

**) Eine außerordentliche Ersitzung ist hier eben nicht anzunehmen.

C.

Verjährung, angewendet auf das Verhältniß der Gewalt über Freie.

§. 296.

I. Daß bei der Gewalt des Vaters über die Kinder die usucapio jemals Anwendung gefunden habe, ist nicht bekannt. Aber auch die Anwendbarkeit der longi temporis praescriptio läßt sich nicht mit Sicherheit begründen[819]. Es bleiben also nur die dreißig- und die vierzigjährige Verjährung übrig. Allein die Anwendung der dreißigjährigen Verjährung ist be-

---

819) In der l. 1. C. de patr. pot. 8. 47. heißt es „Si filium tuum in potestate tua dicis esse, praeses provinciae aestimabit, an audire te debeat, cum diu passus sis, ut patrisfamilias res eius agi per eos, qui testamento matris tutores nominati fuerunt." Der Ausdruck „diu" weist nicht nothwendig auf longum tempus und dessen in der Verjährungslehre gewöhnliche Bedeutung von zehn oder zwanzig Jahren; er kann auch einen unbestimmten Zeitraum von verhältnißmäßiger Länge bezeichnen. Vielleicht will diese Verfügung nichts weiter sagen, als „In dem vorliegenden Falle ist das, was du vorgetragen hast, nicht hinreichend, um darnach eine sichere Entscheidung fällen zu können. Es ist zwar sehr unwahrscheinlich, daß du wirklich die väterliche Gewalt hast, wenn dein Sohn schon seit geraumer Zeit gleich einem unabhängigen Menschen unter den ihm von seiner Mutter bestellten Vormündern gestanden hat. Da diese Bevormundung nicht füglich ohne Mitwirkung der Gerichtsbehörde hat erfolgen können (vgl. l. 2. D. de conf. tut. 26. 3.), so wird sich leicht aus den gerichtlichen Papieren ergeben, wie alles zusammenhängt, und dann wird der Statthalter ohne Schwierigkeit ermessen können, ob er die Klage sofort zurückweisen soll, oder nicht." Uebrigens ist es an sich schon nicht wahrscheinlich, daß die l. t. praescriptio in dieser Stelle berücksichtigt sein sollte, weil diese l. t. pr. immer eine auf einem rechtmäßigen Erwerbungsgrunde beruhende Redlichkeit des Besitzes voraussetzt. Mit Recht verwirft daher auch Thibaut (Bes. u. Verj. S. 159.) die zehn- und zwanzigjährige Verjährung. Abweichender Meinung ist mit vielen Andern Glück Erl. d. Pand. Th. 2. S. 397. [Seuffert Pand. R. §. 480. Not. 5. Schilling. Bem. p. 368. Aeltere Ausleger finden in L. 1. C. cit. die Präsumtion einer Emancipation cf. Nov. Leon. 25 i. f.; eine Meinung, die neuerdings mit Recht wieder aufgenommen ist von Sintenis Civ.-R. §. 140. Anm. 9. §. 143. Anm. 10. Arndts Pand. §. 426. Anm. 2. u. A. m.] Die l. 25. pr. D. de adopt. 1. 7., welche auch wohl bei dieser Gelegenheit angeführt wird, ist für die Entscheidung dieser Streitfrage ohne alle Bedeutung. Es ist dort bloß die Frage behandelt, ob nach dem Tode einer emancipierten Tochter die Rechtmäßigkeit der emancipatio angefochten werden könne; von einem Zeitablaufe ist gar nicht die Rede.

denklich, weil es nicht erweislich ist, daß bei der Theodosischen Verordnung über die praescriptio XXX annorum die das Personenrecht betreffenden Klagerechte mit begriffen worden sind (vgl. Th. 1. §. 18.)[820]). Weniger ist es die Anwendung der vierzigjährigen Verjährung, indem die Anastasische Verordnung über die praescriptio XL annorum klar genug anzeigt, daß sie nicht auf vermögensrechtliche Ansprüche beschränkt werden darf. Läßt man nun eine vierzigjährige Verjährung zu, so wird die Wirkung derselben, die übrigens selten sich ereignen dürfte, eine doppelte sein. 1) Wer vierzig Jahre lang die väterliche Gewalt ruhig über sich geduldet hat, der kann sich nicht mehr durch Anstellung einer Klage von ihr losmachen. 2) Wer vierzig Jahre lang geduldet hat, daß ein in seiner Gewalt befindliches Kind als unabhängig lebte, der muß diese Unabhängigkeit auch ferner anerkennen. Uebrigens gilt der Umstand, daß ein Kind gleich einem homo sui iuris bevormundet worden ist, natürlich als ein sehr bestimmtes Kennzeichen einer Unabhängigkeit von väterlicher Gewalt. Umgekehrt wird man eine volle Unabhängigkeit in thatsächlicher Hinsicht nicht annehmen dürfen, so lange der Vater noch im vollen Genusse des Sonderguts sich befindet. Das zum Schutze der väterlichen Rechte gegen das widerrechtliche Vorenthalten der Kinder Statt findende interdictum de liberis exhibendis ist übrigens keineswegs auf eine Jahresfrist einzuschränken, denn es ist dem interdictum de libero homine zu vergleichen, welches perpetuum ist (vgl. §. 283.). Dasselbe gilt von dem interdictum de liberis ducendis, bei welchem ausdrücklich auf die für das interdictum de liberis exhibendis geltenden Rechtsgrundsätze verwiesen wird (l. 3. §. 2. D. de lib. exhib. 43. 30.).

II. Die bei der einem Manne angetrauten (in manu befindlichen) Frau eintretende Gewalt ist zwar in den Wirkungen nicht von der väterlichen Gewalt verschieden, so wie sie aber ihrer Natur nach nicht ein durch Geburt begründetes Ver-

820) Thibaut (Bes. u. Verj. S. 159.) meint jedoch, es leide durchaus keinen Zweifel, daß die väterliche Gewalt nach dreißig Jahren nicht mehr klagend vorgeschützt werden kann, wenn der Sohn in dieser Zeit als sein eigener Herr gelebt hat. — Da nach unsern Ansichten die väterliche Gewalt durch die Anstellung einer besonderen Wirthschaft gelöst wird, so wird gerade dieser Fall in den Gerichten am wenigsten Schwierigkeit verursachen.

hältniß ist, sondern gewöhnlich ein Rechtsgeschäft (coëmtio oder confarreatio) voraussetzt, so hat es auch nichts Unnatürliches, wenn der Mangel eines solchen durch Verjährung ersetzt werden kann. Da wenigstens die eine der beiden Formen, wie ein Eintreten in die Hand des Mannes (in manum conventio) bewirkt werden konnte, nämlich die coëmtio, der Art und Weise, wie das Eigenthum durch mancipatio erworben wurde, nachgebildet war, so darf es um so weniger auffallen, wenn auch die als Erwerbungsart des Eigenthums vorkommende Verjährung auf dieses Verhältniß zwischen Mann und Frau angewendet wurde. Diese Anwendung ist vielleicht älter als die zwölf Tafeln; gewiß ist, daß die zwölf Tafeln sie ausdrücklich anerkannt haben. Noch bei Cicero (pro Flacco c. 34. §. 84.) wird die in manum conventio durch usus erwähnt. Gaius (I. 111.) spricht aber bereits von dem Rechte dieses usus als einem nicht mehr geltenden; es sei theils durch ausdrückliche Gesetze aufgehoben worden, theils außer Uebung gekommen. Daß diese Verjährung eine jährige war (Gai. l. c.), entspricht ganz dem Muster, dem sie nachgebildet ist; denn es war natürlich, daß man die Verjährung beweglicher Sachen vorzugsweise vor Augen hatte. Die eigentliche Grundlage dieser Verjährung ist aber das fortdauernde Zusammenwohnen der Frau mit dem Manne. Da man bei Tage nicht eben regelmäßig zu Hause zu sein pflegt, so entschieden die Nächte; doch wurde nach einer ausdrücklichen Bestimmung der zwölf Tafeln der Lauf der Verjährung erst unterbrochen, wenn die Frau drei volle Nächte hintereinander aus dem Hause des Mannes entfernt gewesen war (vgl. Gai. l. c. und die wörtlich gleichlautenden Stellen des Gellius, noct. Att. III. 2. §. 12. 13. und Macrobius, Saturnal. I. 3.) Daß ein bloßes Zusammenwohnen an sich noch nicht genügen kann, um einen usus zu begründen, versteht sich übrigens von selbst; Mann und Frau müssen die Absicht gehabt haben, als Eheleute zusammenzuwohnen (Gai. l. c. „Usu in manum conveniebat, quae anno continuo *nupta* perseverabat"). Dagegen wird uns nicht gesagt, daß bei der Eingehung der Ehe es die Absicht der Eheleute gewesen sein müsse, in Folge derselben ein Eintreten in die Hand des Mannes Statt finden zu lassen. Vielleicht galt diese Absicht als

eine mit der Eingehung einer Ehe natürlich verbundene*), und es gab auch keine andere zulässige Art, den entgegengesetzten Willen auf eine wirksame Weise zu äußern, als die in den zwölf Tafeln vorgezeichnete dreinächtige Aufhebung des Zusammenwohnens. Sonst könnte man freilich geneigt sein, für die Begründung einer in manum conventio durch usus die so eben erwähnte Absicht für eben so wesentlich zu halten, als es für die Erwerbung des Eigenthums durch usucapio der titulus ist[821]). Außerdem mag noch erwähnt werden, daß bei Frauen, die sich in einer legitima tutela befinden, der usus nicht anwendbar ist[822]).

D.

Verjährung bei den persönlichen Verhältnissen, mit denen eine Gewalt, streng genommen, nicht verbunden ist.

§. 297.

In Beziehung auf das eheliche Verhältniß ist in den Quellen unseres gemeinen Rechts nirgends von einer Verjährung die Rede. Auf keinen Fall kann auch angenommen werden, daß

I. ein eheliches Zusammenleben ohne wirkliche Ehe sich durch die Länge der Zeit in eine gültige Ehe verwandle, oder doch gegen jede rechtliche Anfechtung befestige, so daß es die Stelle einer wirklichen Ehe verträte. Um eine solche Verjährung zu rechtfertigen, ließen sich nur etwa zwei Wege denken. 1) Man könnte von der Vorstellung ausgehen, daß sich in Folge eines solchen Zusammenlebens die Ehegatten im wechselseitigen Besitze befinden, dem sie sich rechtlich nur durch eine Klage entziehen können, wobei ihnen alsdann die Berufung auf Ver-

*) Vgl. Puchta Inst. §. 199. Not. b.

821) Diese Meinung habe ich früher selbst vertheidigt (Verj. d. fortges. Bes. §. 7. Nro. 3.) Sie findet sich schon bei Brissonius de ritu nupt. (op. min. ed. Trekell. Lugd. Bat. 1747. fol. pag. 304.) Neuerlich ist ihr Dirksen (Zwölf-Tafel-Fragmente, S. 419.) beigetreten. Vgl. dagegen Hasse Güterr. d. Ehegatt., Bd. 1. §. 21.

822) Cic. pro Flacc. c. 34. Der Grund liegt darin, weil überhaupt die Regel gilt de tutela legitima (feminarum) nihil usucapi posse. Vgl. auch Hasse a. a. O. §. 22.

jährung im Wege stünde. Diese wäre dann die allgemeine von vierzig oder dreißig Jahren. Da jene Vorstellung sich durch nichts rechtfertigen läßt, so fällt diese Ansicht von selbst weg*). 2) Man könnte annehmen, daß die Nichtigkeitsklage, der die Ehe ausgesetzt wird, durch vierzig- oder dreißigjährige Verjährung beseitigt und die Ehe dadurch befestigt werde. Gegen diese Ansicht gilt aber nicht nur, was im §. 294. allgemein bemerkt worden ist, sondern es widerstreiten ihr auch ein paar Stellen des kirchlichen Rechts. Wenigstens ergiebt sich aus diesen, daß auf keinen Fall durch irgend eine Verjährung eine innerhalb zu naher Verwandtschaft eingegangene Ehe Schutz gewinnen mag (c. 8. X. de consang. et affin. 4. 14.), oder überhaupt ein aus einem andern Grunde als sündlich zu achtendes eheliches Verhältniß Befestigung erlangen kann (c. 5. X. de eo, q. dux. in matr. quam poll. p. adult. 4. 7.). 3) Insoferne eine Scheidungsklage (es sei nun von vollständiger Scheidung — quoad vinculum — oder bloß von einer Scheidung von Tisch und Bette die Rede) rechtlich begründet ist, ließe sich jedoch ein Einfluß der Verjährung annehmen, insoferne die Scheidungsklage als verjährbar gedacht werden kann, und die Ausschließung der Scheidungsklage auf die Fortdauer der Ehe Einfluß haben muß. Ist nun von einer Scheidung wegen Mißhandlungen die Rede, so scheint es statthaft, daß man die Grundsätze des Römischen Rechts über die Verjährung der Unbilden anwende, und die Scheidungsklage in derselben Zeit verjähren lasse, in welcher die iniuriarum actio ihre Wirkung verliert (vgl. §. 282.). Dasselbe muß auch gelten, wenn wegen Ehebruchs auf Scheidung geklagt wird. Dagegen darf man behaupten, daß im Falle der böslichen Verlassung (malitiosa desertio) eine Verjährung gar nicht Statt finde, indem, so lange die Abwesenheit dauert, die Scheidungsursache in jedem Augenblicke sich erneuert, während nach erfolgter Rückkehr die Ursache wegfällt, so daß von der Scheidungsklage nicht mehr die Rede sein kann.

II. Eine Aufhebung der Ehe durch fortgesetzte Absonderung der Ehegatten von einander ließe sich etwa insoferne denken, als man annähme, daß der klagbare Anspruch auf Wiederver-

*) Das canonische Recht kennt allerdings eine Art von Besitz der wirklichen oder angeblichen Ehegatten an einander s. Bruns R. d. Bes. im MA. p. 191 ff., darum aber doch keine Ersitzung ehelicher Rechte.

einigung nach den allgemeinen Grundsätzen verjährbar sei, und folglich wenigstens nach vierzig Jahren erlöschen müsse. Ein solcher klagbarer Anspruch ist inzwischen dem Römischen Rechte unbekannt, und was unser neueres Eherecht betrifft, so würde die Berufung auf Verjährung dem Geiste desselben völlig entgegen sein.

§. 298*).

Nach den aufgestellten Bemerkungen wird es nicht erlaubt sein, anzunehmen, daß eine Vormundschaft (etwa bei Wahnsinnigen oder Verschwendern, denn bei den Unmündigen und Minderjährigen läuft sie ohnehin schon ihrer Natur nach früher zu Ende) durch dreißig- oder vierzigjährige Verjährung gegen jede Anfechtung ihrer Rechtsbeständigkeit befestigt werden könne. Ueberhaupt kommt bei der Vormundschaft eine Verjährung nur insoferne vor, als das Ablehnungsrecht (excusatio) an gewisse gesetzliche Fristen geknüpft ist (l. 13. §. 2—9. D. de excus. 27. 1.; §. 16. I. eod. 1. 25. L. 6. C. eod. 5. 62. fr. Vat. §. 155. 156.), die aber natürlich nicht in Betrachtung kommen, wenn der zur Vormundschaft Berufene nicht bloß das Recht, sondern sogar die Pflicht hat, die Vormundschaft abzulehnen (necessaria excusatio) [oder die ganze Bestellung nichtig ist L. 13. §. 12. 13. D. eod. Bas. XXXVIII. Tit. 1. c. 13.]. Die gesetzliche Frist beträgt in der Regel funfzig Tage, welche fortlaufend (continue) gerechnet werden, doch so, daß die Zeit nicht eher zu laufen anfängt, als bis der Berufene erfahren hat, daß ihm eine Vormundschaft angefallen ist; auf keinen Fall früher als bis das Recht dazu wirklich begründet ist, wozu bei einer Vormundschaft, die erst noch der obrigkeitlichen Bestätigung bedarf, die erfolgte Bestätigung gehört (l. 16. D. cit.). Im Falle einer Abwesenheit kann diese Frist sich noch weiter ausdehnen, indem alsdann der Berufene das Recht hat, für je zwanzig (Römische) Meilen einen Tag zur Reise sich anzurechnen**), und noch außerdem eine Frist von dreißig Tagen in Anspruch zu nehmen. Diese Berechnungsweise gewährt ihm aber nur einen

*) Vgl. Rudorff R. d. Vormundsch. Bd. II. Berl. 1833. §. 101—103.

**) Bleibt bei der Division durch zwanzig ein Rest, so wird doch für ihn ein voller Reisetag angesetzt. L. 3. pr. D. de V. S. 50. 16.

Vortheil, wenn er über vierhundert (Römische) Meilen von dem Orte, wo er die Ablehnungsgründe geltend zu machen hat, sich entfernt findet; sonst würden sogar weniger als fünfzig Tage herauskommen. Natürlich kann aber niemals ein Abwesender eine beschränktere Frist haben als ein Anwesender. Wenn außerordentliche Verhinderungen (z. B. Krankheit) eine Fristversäumniß veranlaßt haben, wird eine in integrum restitutio nicht zu verweigern sein*). Uebrigens braucht binnen der erwähnten dreißigtägigen Frist bloß die Anmeldung des Ablehnungsgrundes zu erfolgen [wozu, wenn nicht Ferien sind, in denen bloß eine schriftliche Eingabe eingereicht wird, der Gegner gleichfalls geladen werden muß fr. Vat. §. 156. L. 13. §. 8. 10. D. eod.]; zum Beweise und zur Ausführung ist eine neue Frist zu gewähren, welche vier Monate [von der Kunde der Ernennung zum Vormunde an**)] beträgt (l. 38. D. eod.). [Doch wird auch hier eine unverschuldete Versäumniß nachgesehen L. 39. D. eod.

An dieselben Fristen war das Recht der potioris nominatio gebunden***) fr. Vat. §. 164. 210. Hat der, dem die Vormundschaft deferiert ist, rechtzeitig von dieser Befugniß Gebrauch gemacht, so muß er alsbald dem Vorgeschlagenen ex auctoritate des Magistrats denuntiieren fr. Vat. §. 167. Fruchtet dieß nichts, so soll er eine Ladung gegen den potior auswirken, und sich zu deren Empfang an dem nächsten ordentlichen Gerichtstage nach Ueberreichung seines desfallsigen schriftlichen Antrages, und erhält er sie da noch nicht, an jedem folgenden vor dem Tribunale einfinden. Ueberhaupt zieht die Versäumniß einer regelmäßigen Sitzung bei den Verhandlungen über die nähere Pflicht zur Vormundschaftsübernahme den Verlust des Nominationsrechtes nach sich fr. Vat. §. 161. Mit der empfangenen Citation begiebt sich dann der Nominant an den Aufenthaltsort des potior, um durch die dortigen Magistrate ihm dieselbe insinuieren zu lassen. Hierzu ist ein Zeitraum von zehn Tagen bestimmt. Mit dem Behändigungsscheine kehrt jener sofort

---

*) So bestimmt ausdrücklich Kaiser Severus L. 13. §. 7. D. cit.

**) Vgl. Rudorff a. a. O. p. 199 f.

***) Im Justinianischen Recht ist dasselbe bekanntlich verschwunden vgl. Zimmern R. G. Bd. I. p. 912 ff.

zurück und hat ihn der obervormundschaftlichen Behörde zuzustellen. Für die Reise wird ihm dabei auf je zwanzig Millien ein Tag gerechnet fr. Vat. §. 162. 163. Dem Nominatus laufen die gleichen Fristen wie seinem Vormanne ib. §. 209.]

Neuntes Buch.

Verjährung bei den Rechten der Staats- und Kirchengewalt.

I.

Staatsrechtliche Verjährung.

A.

Verjährung der Hoheitsrechte an sich.

§. 299.

In den staatsrechtlichen Verhältnissen läßt eine Verjährung im Allgemeinen sich nicht nachweisen, nicht einmal eine unvordenkliche. Es bedarf deren auch nicht. Die Beziehungen der staatsrechtlichen Gewalten sind im Allgemeinen von der Art, daß sie fortdauernd das Augenmerk derjenigen sind, von denen die Feststellung der staatsrechtlichen Verhältnisse abhängt. Hier wird also nicht erst eine unvordenkliche Zeit abzulaufen brauchen, damit sich ein Recht feststelle. Meistens wird es genügen, daß ein Rechtsgrundsatz in wenigen Anwendungen sich ausgesprochen habe, indem dadurch ein Herkommen sich bildet, welches durch stillschweigende Unterwerfung begründet, auf rechtliche Gültigkeit Anspruch machen kann; ja oft kann sogar durch einmaligen Brauch ein Rechtssatz Kraft gewinnen. Dabei wird freilich allemal vorausgesetzt, daß die Umstände wirklich schließen lassen, es habe den Handlungen, durch welche das Herkommen oder der rechtliche Brauch (Observanz) begründet werden soll, eine Anerkennung ihrer Rechtlichkeit zum Grunde gelegen (vgl. Gönner Deutsches Staatsrecht §. 27.). Aber auch die unvordenkliche Verjährung würde doch auf keinen Fall die Staatsverhältnisse geradezu in dem

Zustande festhalten können, in welchem sie sich seit unvordenklichen Zeiten befunden haben. Wir würden nothwendig verlangen müssen, daß dem bestehenden Zustande auch die Meinung zum Grunde liege, daß es rechtlich so sein müsse; sonst wäre ohne weiteres alles, was von jeher nicht anders gewesen ist, sofort auch zum Rechte umgeschaffen, und gegen jedes Fortschreiten zum Besseren eine hemmende Schranke gezogen. Dann aber fodern wir ja auch zur unvordenklichen Verjährung die wesentlichen Bedingungen des Herkommens. Was man zugeben muß, ist dieses, daß staatsrechtliche Grundgesetze (sogenannte Constitutionen), die nicht auf einem alten Herkommen beruhen, fast niemals einer ungetheilten und festen Anerkennung sich erfreuen. Erst wenn der Geist der Spaltung durch die Länge der Zeit beschwichtigt ist, und die Rechtsverletzungen, welche die Festsetzung dieser Grundgesetze gekostet hat, in Vergessenheit übergegangen sind, pflegt eine allgemeinere Anhänglichkeit an das Bestehende in den Gemüthern der Staatsgenossen festzuwurzeln, welche jeden Zweifel an der rechtlichen Gültigkeit desselben sogleich mit Entschiedenheit zurückweist. Und darauf beruht denn auch allein die rechtliche Bedeutung dessen, was man in der neuesten Zeit seltsam genug Legitimität genannt hat. Unvordenklichkeit möchte aber auch das, was im Staate am festesten gegründet ist, selten für sich haben, weil die Geschichte uns gewöhnlich sogar nachzuweisen vermag, wie das jetzt Bestehende (vielleicht auf eine sehr rechtswidrige Weise) geworden ist.

Auch auf die Abgränzung der im Staate bestehenden Amtsgewalten ist in der Regel die Verjährung ohne Einfluß, indem es am natürlichsten ist, daß derjenige, welcher eine Amtsgewalt verliehen hat, auch in streitigen Fällen den Umfang derselben bestimme. Daß dabei auf das Hergebrachte geachtet wird, ist freilich zu erwarten, und insoferne scheint in der l. 8. C. de div. offic. 12. 60., wo von der Gerichtsbarkeit der magistri militum über die Gränzbesatzungen die Rede ist, das longum tempus erwähnt zu sein, ohne daß dabei an eine eigentliche Verjährung zu denken wäre. Auf ähnliche Weise ist c. 13. X. de foro comp. 2. 2. bei Streitigkeiten über die amtliche Gerichtsbarkeit und ihre Zuständigkeit auf consuetudo Rücksicht genommen.

Anders ist es, wenn die Befugniß zur Ausübung eines

Hoheitsrechtes nicht in Folge einer übertragenen Amtsgewalt, sondern aus eigenem Rechte, also nach Art eines Privatrechts, in Anspruch genommen wird. Daß auf diese Weise die Ausübung von Hoheitsrechten in die Hände der Unterthanen kommen kann, ist nach dem Staatsrechte des Mittelalters außer Zweifel; nur bis zu einem gewissen Maße gelten die Hoheitsrechte als unübertragbar. So ist in Deutschland die Gewalt des Kaisers und des Reichs größtentheils in die Hände der Reichsstände übergegangen, und hat sich bei diesen zur Landeshoheit gestaltet; diese selbst ist wieder zum Theil in die Hände des mittelbaren Adels und der Landstädte gekommen. Es braucht hier nur an die Jagdgerechtigkeit u. dergl. erinnert zu werden. Solche Erwerbung abgeleiteter Hoheitsrechte gründet sich hauptsächlich auf ausdrückliche Verleihungen (Privilegien); aber zeitig genug fieng man auch an, sich auf Verjährung zu berufen. Nur die unvordenkliche Verjährung kann als gemeinrechtlich angesehen werden; sie ist in dem c. 26. X. de V. S. (vgl. Th. 1. §. 143.) ausdrücklich anerkannt. Es liegt jedoch in der Natur der Sache, daß die unvordenkliche Verjährung in denjenigen Fällen keine Anwendung findet, wo die Verleihung eines Hoheitsrechtes an Unterthanen schlechthin verfassungswidrig ist. Die Unterscheidung zwischen größeren und kleineren Hoheitsrechten (regalia maiora und minora) ist in dieser Hinsicht ziemlich unfruchtbar, weil die Gränzlinie nicht scharf gezogen werden kann, und man also immer nicht vermeidet, bei den einzelnen Hoheitsrechten besonders zu untersuchen, ob und wieferne die Reichs- oder Landesverfassung eine Verleihung derselben an die Unterthanen erlaubt[823]). Hoheitsrechte, welche einmal durch Verleihung oder durch unvordenkliche Verjährung in die Hände der Privatpersonen gekommen sind, können einer Verjährung mit bestimmtem Zeitablaufe unterliegen,

---

823) Thomasius (diss. de praescr. regalium ad iura subditorum non pertinente. Hal. 1696. rec. ib. 1727. 41 S.) und Andere läugnen die Zulässigkeit einer unvordenklichen Verjährung gegen Hoheitsrechte gänzlich; wenigstens wollen sie dieselbe nur den Reichsständen, nicht aber den Landesunterthanen gegen die Landeshoheit zugestehen. Ist es aber nicht natürlich, daß man den Landständen dieselben Rechte der Landeshoheit gegenüber beilegt, welche den Reichsständen der Reichsgewalt gegenüber eingeräumt waren, wenn nicht ganz entschiedene Gründe uns nöthigen, einen Unterschied festzustellen?

wenn das dadurch entstandene Privatrecht als solches eine Verjährung mit bestimmter Zeit zuläßt. So z. B. das Jagdrecht (vgl. §. 235.), weil es als ein Dienstbarkeitsrecht zu beurtheilen ist. Auch versteht es sich von selbst, daß bei Hoheitsrechten, welche an ein Grundstück geknüpft sind, die Verjährung, welche in Ansehung des Grundstücks eintritt, auch für die Ausübung des davon untrennbaren Hoheitsrechts von Bedeutung ist*).

§. 300.

Diejenigen, welche annehmen, daß die unvordenkliche Verjährung alle möglichen Rechte begründen könne, tragen natürlich kein Bedenken, auch Befreiungen von Staatslasten und überhaupt von den durch das öffentliche Recht auferlegten Einschränkungen (Immunitäten) in Folge der Unvordenklichkeit entstehen zu lassen. Man braucht aber nicht nothwendig über diese ungemessene Ausdehnung der unvordenklichen Verjährung gleicher Meinung zu sein, um die letztere in dieser Beziehung zulässig zu finden. Es ist vielmehr ganz natürlich, daß die unvordenkliche Verjährung eine Beschränkung der Hoheitsrechte bewirken kann, wenn es sogar möglich ist, daß die Ausübung der Hoheitsrechte selbst durch unvordenkliche Verjährung in Privathände übergeht. Am wenigsten Bedenken hat es, daß man in Ansehung der Steuerfreiheit eine unvordenkliche Verjährung annimmt. Es ist nämlich nicht zu läugnen, daß in dem R. A. von 1548. §. 59. die Erwerbung der Steuerfreiheit durch Verjährung als möglich vorausgesetzt wird. Welcher Art diese Verjährung sei, ist nicht gesagt. Da aber von einer Verjährung mit bestimmter Verjährungsfrist nicht die Rede ist, und namentlich das Römische Recht eine Anwendung der dreißig- und vierzigjährigen Verjährung auf die Steuerpflichtigkeit nicht erlaubt (vgl. l. 6. C. de pr. XXX vel XL ann. 7. 39.), so kann natürlich nur eine unvordenkliche Verjährung gemeint sein[824].

---

*) Vgl. Zachariä Deutsch. Staats- u. Bundes-R. Gött. 1853. Thl. II. p. 133. Not. 6. Zoepfl. Grunds. d. allgem. u. Deutsch. Staats-R. Thl. I. Hdlbg. 1855. §. 75.

824) Man vgl. C. F. Winckler, praescr. immunitatis a tributis, praes. quoad aerar. publ. Saxon. impugnata. Lips. 1779. [Schlayer Gieß. Zeitschr. N. F. Bd. XII. p. 74—76.]

Wenn das öffentliche Recht Verpflichtungen auflegt, deren Nichtbeobachtung schlechterdings als etwas Ordnungswidriges angesehen wird, so daß also keine Befreiungen von solchen Verpflichtungen verliehen zu werden pflegen, so kann natürlich auch die unvordenkliche Verjährung keine Wirkung äußern [825]). Was von den Befreiungen Einzelner gilt, darf nicht von den Befreiungen ganzer Stände behauptet werden, weil dieses ganz über den Wirkungskreis der Verjährung hinausliegt. Indessen wird das Herkommen, dessen Grundlage jedoch eine etwas andere ist, als die der Verjährung, sehr häufig dergleichen Standesbefreiungen begründen. Auf ähnliche Weise, wiewohl seltener, wird aber auch der Einzelne sein Befreiungsrecht darthun können, wenn er zeigt, wie er die Befreiung mit Vorwissen der höchsten Gewalt und unter Umständen genossen habe, die auf ein Zugeständniß von Seiten derselben schließen lassen. Ich sage, seltener; denn die Angelegenheiten ganzer Stände können der höchsten Staatsgewalt nicht so leicht unbekannt bleiben und von ihr unbeachtet gelassen werden, als dieses mit dem Einzelnen der Fall ist.

B.

Verjährung der aus den Hoheitsrechten fließenden Befugnisse.

§. 301.

Für die einzelnen Befugnisse, welche aus den hoheitlichen Rechten des Staats entsprungen sind, finden wir allerdings eine Verjährung als zulässig erwähnt. Von der Verjährung gegen peinliche Anklagen und Untersuchungen wird im nächsten Buche die Rede sein; hier soll von derjenigen Verjährung gehandelt werden, welche in Ansehung der dem Staate gebührenden Gefälle zur Anwendung kommt [826]).

I. Was die Einnahmen aus den ordentlichen Steuergefäl-

---

825) Man vgl. I. H. Böhmer, diss. de praescr. contr. leges max. prohibitivas. Halae 1740. (Exerc. ad Pand. T. V. ex. 83.) — I. E. Heimburg, progr. de praescr. immemor. contr. leg. prohibentem valente. 1756.

826) Man vgl. die Th. 1. S. 46. Anm. 48. angeführte Schrift des J. G. Bauer.

len anbetrifft, so sind diese ausdrücklich einer jeden Verjährung entzogen, indem nach l. 6. i. f. C. de pr. XXX vel XL ann. 7. 39. nicht einmal eine vierzigjährige Verjährung zugelassen ist.

II. Für die Ansprüche des Staatsschatzes auf außerordentliche Gefälle gilt als Regel eine zwanzigjährige Verjährung (l. 13. pr. D. de div. temp. pr. 44. 3. vgl. Th. 1. §. 13.). Insbesondere finden wir diese in der l. 2. §. 1. L. 3. L. 4. §. 1. D. de requir. 48. 17. angewendet, wenn das Vermögen eines mit Steckbriefen verfolgten Angeschuldigten als dem Staatsschatze verfallen in Anspruch genommen wird (vgl. § 13. cit.). Diese zwanzigjährige Verjährung wird ohne Bedenken auch anzuwenden sein, wenn die aus dem Abzugsrechte des Staats entspringenden Befugnisse in Untersuchung kommen. Daß es bei dieser Verjährung im Allgemeinen nicht auf den Besitz ankommen könne, liegt in der Natur der Sache, weil sie auch in solchen Fällen eintritt, wo der Anspruch des Staats ganz und gar die Natur einer Schuldfoderung hat. Dasselbe muß man annehmen, wenn der Anspruch nach Art eines dinglichen sich darstellt, namentlich also bei dem an den Staat verfallenen Vermögen. In allen Fällen wird die Verjährung anfangen zu laufen, sobald der Anspruch des Staats begründet ist, so daß derjenige, welcher erst später in den Besitz des dem Staate verfallenen Vermögens gekommen ist, nichtsdestoweniger die Zeit, welche seinem Besitze vorhergeht, in Anrechnung bringen kann.

III. Eine Ausnahme von der die Regel bildenden zwanzigjährigen Verjährung sehen wir in der vierjährigen Verjährung (praescriptio quadriennii), welche bei erblosem Gute vorkommt[826 a]). Ihre Wirkung bestand theils darin, daß nach Ablauf von vier Jahren die Behörden keine Anzeige (denuntiatio) weiter annehmen durften[827]), theils darin, daß auch die früher angezeig-

826 a) [S. Glück Intestaterbf. Erl. 1822. §. 210. C. A. Schmidt de success. fisci in bon. vac. Ien. 1836. p. 86—92. v. Schröter Gieß. Zeitschr. Bd. X. p. 138 f.]

827) L. 10. D. de div. temp. pr. 44. 3. (Papinian.) „Intra quatuor annos vacantium bonorum delator facta denuntiatione destitit. Post quatuor annos secundo delatori venienti prior nuntiatio, quominus praescriptione temporis submoveatur, non proderit, nisi prioris praevaricatio detegetur; quo declarato praescriptio, sed et negotii quaestio, perimetur-(d. h. weder findet eine praescriptio quadriennii Statt, obgleich die vier Jahre

ten erblosen Verlassenschaften nach jener Zeit nicht weiter in Anspruch genommen werden konnten [827a]). Die vier Jahre werden von der Zeit an gerechnet, wo die wirkliche Erblosigkeit eingetreten ist [827b]). So lange ein eingesetzter oder durch Verwandtschaft berufener Erbe lebt, und noch nicht ausgeschlagen hat, kann also der Staatskasse keine Verjährungszeit laufen. Daß derjenige, der sich gegen die Ansprüche des Staatsschatzes auf diese Verjährung berufen will, vier Jahre im Besitze der Verlassenschaft gewesen sei, scheint keineswegs nothwendig, wenn nur überhaupt die vier Jahre verlaufen sind [828]); daher

---

abgelaufen sind, noch auch eine weitere gerichtliche Erörterung, ob das Vermögen, um welches es sich handelt, wirklich erbloses Gut ist, sondern es wird auf den Grund der mit dem zuerst aufgetretenen Angeber getriebenen Durchstecherei dem Besitzer sofort die Verlassenschaft weggenommen.) §. 1. Quadriennii tempus, quod bonis vacantibus nuntiandis praescriptum est, non ex opinione hominum, sed de substantia vacantium bonorum dinumeratur (d. h. nicht nach der vermeintlichen, sondern nach der wirklichen Erblosigkeit). Quatuor autem anni post irritum testamentum factum et intestati possessionem ab omnibus repudiatam, qui gradatim petere potuerunt, vel temporis finem, quod singulis praestitutum est, computabuntur." L. 1. §. 2. D. de I. F. 49. 14. (Callistratus.) „Divus Pius Coelio Amarantho ita rescripsit: Vacantium bonorum nuntiationem quadriennio finiri, idque tempus ex die, quo certum esse coepit, neque heredem, neque bonorum possessorem exstare, computari oportere."

827 a) [A. M. Glück Intestaterbf. §. 210., nach ihm würde mit erfolgter Nuntiation die vierjährige Präscription ausgeschlossen. Allein wenn es in L. 10. §. 1. D. de div. temp. praescr. 44. 3. heißt „quadriennii tempus, quod bonis vacantibus nuntiandis praescriptum est," so ist damit wohl gesagt, daß nach jener Zeit keine Anzeige mehr angenommen werden dürfe, nicht aber, daß wenn dieselbe einmal gemacht ist, die Einrede nicht mehr Statt habe; §. 9. I. de usuc. 2. 6. L. 18. D. eod. 41. 3. handeln von der Usucapion, nicht von der quadriennii praescriptio. Für deren Zulässigkeit unter allen Umständen, mag eine nuntiatio angebracht sein oder nicht, entscheidet L. 1. C. de quadr. praescr. 7. 37. vgl. auch v. Schröter a. a. O. p. 139. Schmidt l. l. p. 88 sq. Heimbach Art. Erbloses Gut im Rlex. III. p. 945. 946. Die allgemeinen Ausnahmen von der fiscalischen Verjährung cf. L. 1. §. 4. 5. D. de I. F. kommen natürlich auch hier zur Anwendung. cf. L. 10. pr. D. de div. temp. pr. Uebrigens steht die quadr. praescr. nur den Besitzern pro possessore oder pro herede zur Seite, nicht wie die usucapio denen, die sich auf einen singulären Titel stützen.]

827 b) L. 10. §. 1. D. de div. temp. pr.

828) L. 6. §. 7. D. si quis om. caus. test. 29. 4. (Ulpian.) „Certe si vacantia bona quis possederit et quadriennium praeterierit, indubitate conveniri poterit ex hac parte edicti, quia et omisit causam testamenti, et

ich diese Verjährung nicht als eine Ersitzung betrachte. Daß sie schon zur Zeit des Kaisers Antoninus Pius gegolten hat, ist gewiß (l. 1. §. 2. D. de I. F. 49. 14.); eine genauere Geschichte ihres Ursprungs läßt sich nicht liefern [829]).

IV. Eine hieher gehörige fünfjährige Verjährung scheint allerdings auf den unmittelbaren Schutz des Besitzers berechnet zu sein, und daher als eine Verjährung durch fünfjährigen Besitz gedacht werden zu müssen. In einer Verfügung der Kaiser (Septimius) Severus und Antoninus (Caracalla) erscheint sie als ein Schutzmittel gegen Ansprüche auf Sachen, die durch Zollbeeinträchtigungen verwirkt worden sind (quaestiones commissi) [830]). Es ist sehr wahrscheinlich, daß die-

quia ab intestato possedit, et quidem sic, ut praescriptione quadriennii tutus sit." L. 1. C. de quadr. pr. 7. 37. „Notum est, a fisco quaestionem post quadriennium continuum super bonis vacantibus inchoandam non esse. Additum etiam est, et eos, qui nostra largitate nituntur, nulla inquietudine lacessendos, nec his a fisco nostro controversiam commovendam, qui quoquo modo aut titulo easdem res possederint." Die erste Stelle sagt nicht „Si vacantia bona quis per quadriennium possederit," sondern „Si vacantia bona quis possederit et quadriennium praeterierit" (scil. ex eo die computandum, quo certum esse coepit, neque heredem, neque bonorum possessorem exstare; vgl. l. 1. §. 2. D. de I. F. in der vorigen Anm.) Der Besitz kann demnach sehr kurze Zeit gedauert haben.

829) Es mag hier in Erinnerung gebracht werden, daß beim erblosen Gute, wenn noch keine Anzeige an die Behörde erfolgt ist (bona vacantia, nondum tamen nuntiata), die gewöhnliche Eigenthumsverjährung, also bei beweglichen Sachen die dreijährige Verjährung, eintreten kann. Dann wird aber eine redliche Erwerbung vorausgesetzt. §. 9. I. de usuc. 2. 6.; l. 18. D. de usurp. 41. 3. Daß diese Verjährung zu laufen aufhöre, wenn späterhin die Anzeige erfolgt, ist nicht gesagt. Umgekehrt aber wäre es unrichtig, wenn man aus Rücksicht auf die bei den noch nicht angezeigten Gütern eintretende Möglichkeit einer Eigenthumsverjährung behaupten wollte, es könne bei diesen Gütern die vierjährige Verjährung gar nicht zur Anwendung kommen. Denn 1) es ist nirgends gesagt, daß die vierjährige Verjährung bloß bei angezeigten Gütern eintreten, oder erst von der Zeit der Anzeige ihren Anfang nehmen soll. 2) Die Eigenthumsverjährung tritt nur unter besondern Voraussetzungen ein, und macht daher die vierjährige Verjährung gar nicht überflüssig. Besonders ist diese bei unbeweglichen Sachen sehr wichtig, weil hier die Eigenthumsverjährung nach Justinianischem Recht zehn und zwanzig Jahre dauert.

830) L. 2. C. de vectig. 4. 61. „Neque commissum, quod ante quinquennium factum dicitur, si lite res anticipata non est, vindicari potest, neque pro re, quae in commissi causam cecidit, si ipsa non exstat, nec dolo supprimatur, pretium peti potest." Also die bloße Beschuldigung eines

ses nicht die einzige Beziehung dieser Verjährungsart gewesen ist[831]), aber es ist schwer, hierüber ins Klare zu kommen, und es bleibt auf alle Fälle sehr gewagt, wenn man mit J. Gothofredus (comm. ad. l. un. Th. C. de pr. quinquenn.) annehmen will, daß diese fünfjährige Verjährung zur Zeit des K. Honorius an die Stelle der vierjährigen bei den Ansprüchen des öffentlichen Schatzes auf erblose Verlassenschaften getreten sei, zur Zeit Justinian's aber der vierjährigen Verjährung wieder Platz gemacht habe. Ob dem Staatsschatze gegen den Ablauf der so eben erwähnten Verjährungen die in integrum restitutio verstattet werden könne, ist ein Gegenstand des Streits. Da es hier nicht um einen Vermögensausfall, sondern um einen außerordentlichen Gewinn zu thun ist, so ist um so viel mehr verneinend zu entscheiden, als es ja nicht für unrecht gehalten wird, wenn man in zweifelhaften Fällen sich gegen den Vortheil des Staatsschatzes erklärt (l. 10. D. de I. F. 49. 14.).

Bei Rechten der Staatsgewalt, die nicht den Vortheil des Staatsschatzes betreffen, sondern auf polizeiliche Rücksichten begründet sind, findet sich nach den Grundsätzen des Römischen Rechts die Verjährung ausgeschlossen, auch wenn nicht von dem Rechte des Staats an und für sich, sondern nur von der besonderen Anwendung desselben die Rede ist. Eine Anwendung der vierzigjährigen Verjährung auf den Grund der Anastasischen Verordnung (s. Th. 1. Anm. 63.) würde unzulässig sein. Zu Belegen dienen zwei Beispiele. 1) Wenn in einer Stadt

---

Unterschleifs stört den Ablauf des quinquennium nicht, wenn nicht Streit erhoben ist. (Vgl. das fr. de iur. fisc. §. 18.)

831) L. un. Th. C. de praescr. quinqu. 4. 15. „Competitorem quinquennii possessor eliminet; debet enim iuxta Constantinianae legis indultum hoc privilegio petitor arceri, quo fiscus noster excluditur. Quod si quando fortassis emerserit, iudices competitionis obreptione rescissa tuitionem pulsatis praestare iubemus enixam, quibus tamen lustralis aderit absque interpellatione possessio." Offenbar wird hier ein Fall vorausgesetzt, wo der Kaiser ein dem öffentlichen Schatze heimgefallenes Vermögen auf ein eingereichtes Bittgesuch (competitio) verschenkt hatte. Gegen den Beschenkten solle die nämliche Verjährung gelten, welche gegen den öffentlichen Schatz selbst gilt. Daß ein solches Verschenken gerade bei Sachen, die durch Einschwärzung verwirkt waren, am wenigsten vorkommen konnte, ist begreiflich, und so liegt allerdings die Vermuthung sehr nahe, daß diese fünfjährige Verjährung nicht bloß bei eingeschwärzten Waaren Anwendung gefunden habe.

Bauten vorgenommen worden sind, welche derselben zur Unzierde gereichen, so wird für die Wegschaffung gesorgt, ohne daß eine Verjährung beachtet würde[832]). 2) Wer aus einer öffentlichen Wasserleitungsanstalt seit geraumer Zeit sich mit Wasser versorgt hat, der hat dadurch kein Recht begründet. Nur eine kaiserliche Verleihung (licentia, indultum) kann nach Römischer Ansicht einen rechtlichen Anspruch gewähren (l. 1. §. 42. D. de aqua quot. 43. 20.). ⊕Doch wird das unvordenkliche Bestehen einer aus einem öffentlichen Wasserbehälter (receptaculum) oder Gerinne (rivus) abgeleiteten Wasserleitung der rechtlichen Verleihung gleichgeachtet (L. 3. D. eod.)[833]).⊕

---

832) L. 6. C. de oper. publ. 8. 12. „Praescriptio temporis iuri publico non debet obsistere, sed nec rescripta quidem. Atque ideo diruenda sunt omnia, quae per diversas urbes vel in foro vel in quocunque publico loco contra ornatum et commodum ac decoram faciem civitatis exstructa noscuntur.“

833) [s. jedoch Bd. I. p. 508. Not. **).] Die l. 7. Th. C. de aquaed. (Arcad. u. Honor.) 15. 2. (= l. 4. I. C. de aquaed. 11. 42.) könnte leicht auf eine zehn- und zwanzigjährige Verjährung gedeutet werden. Die Stelle lautet also „Usum aquae veterem longoque dominio constitutum singulis civibus manere censemus, nec ulla novatione turbari; ita tamen, ut quantitatem singuli, quam vetere licentia percipiunt, more usque in praesentem diem perdurante percipiant. Mansura poena in eos, qui ad irrigationes agrorum vel hortorum delicias furtivis aquarum meatibus abutuntur.“ Betrachtet man die Stelle genauer, so findet man, wie sie eigentlich nur sagt, daß diejenigen, welche in Folge einer alten Verleihung (vetus licentia) im Genusse eines solchen Wasserleitungsrechtes sich befänden, nicht verdrängt werden sollten; nur sei ihr Recht auf das in der Verleihung bestimmte Maß einzuschränken, wenn sie sich mißbräuchlich eine Erweiterung erlaubt hätten. (Hatte man ja doch schon früher angenommen, daß bei einer dem Besitzer eines Grundstücks für seine Person zu Theil gewordenen Verleihung zwar der Nachfolger im Besitze die Erneuerung nachsuchen müsse, daß aber diese Erneuerung ganz unbedenklich — indubitate — erfolge. L. 1. §. 43. 44. D. de aqu. quot. 43. 20.) Man vgl. die Erläuterung des Jacobus Gothofredus über die l. 7. Th. Cod. cit. K. Gf. v. Winckler (de iure impetratae aquae, i. d. opusc. minor. Vol. 2. Lips. 1796. 8. pag. 47—49.) hat zwar die Ansicht des Jac. Gothofredus bekämpft, aber, wie mir scheint, nicht mit genügenden Gründen. Uebrigens verdient Winckler's Abhandlung verglichen zu werden, weil dort alles, was das Wasserrecht betrifft, sorgfältig zusammengestellt ist. [Vgl. auch Iordans de aq. imp. Bonn. 1844. p. 43—45.]

II.

Kirchenrechtliche Verjährung.

§. 302.

Die kirchliche Gewalt wird im Allgemeinen durch keinerlei Verjährung begründet, weder an sich, noch insoferne sie einer bestimmten Person beiwohnt. Nur von der unvordenklichen Verjährung ließe es sich allenfalls behaupten. Aber es gilt hier, was in Beziehung auf die Staatsgewalt gesagt worden ist (vgl. §. 299.). Die Anerkennung wird sich hier allemal schon viel früher auf eine genügende Weise zu erkennen geben, und ein wirksames Herkommen, oder rechtsgültigen Brauch (Observanz) begründen. Auch auf die Bestimmung des Umfanges der in den einzelnen kirchlichen Gewalten enthaltenen Rechte ist die Verjährung in der Regel ohne Einfluß. So soll man sich nicht auf Verjährung berufen können, um dadurch die Verweigerung des dem vorgesetzten Bischofe gebührenden Gehorsams zu rechtfertigen (c. 12. X. de praescr. 2. 26.), oder um ein Recht zur Ablehnung der bischöflichen Visitation und der damit verbundenen Verpflegungsansprüche — ius exigendi procurationes — zu begründen (c. 16. X. ib.; Conc. Trid. Sess. 24. c. 3. de reform.).

Ferner können die bischöflichen und pfarrlichen Sprengel durch Verjährung nicht geändert werden, obgleich in Ermangelung einer andern Entscheidungsnorm bei Schlichtung der Grenzstreitigkeiten die Verjährung beachtet werden soll (vgl. I. H. Böhmer, ius parochiale III. 3. §. 13.). So entscheidet Papst Urban III. in einer Verordnung vom J. 1189. (c. 4. X. de parochiis 3. 29.). So entschied schon früher (im J. 619.) eine spanische Kirchenversammlung (can. 6. causa XVI. qu. 3.), und so beschränkt muß denn auch wohl das im can. 5. ib. vorkommende Verjährungsverbot des Papstes Gelasius verstanden werden. Wenigstens legt derselbe Papst in einer andern Stelle dem dreißigjährigen Besitze bei den Streitigkeiten über Kirchensprengel allerdings eine rechtliche Wirksamkeit bei (can. 2. ib. v. J. 494.), was mit dem in einem frühern Bithynischen Kirchenschlusse enthaltenen Rechte übereinstimmt (can. 1. ib. v. J. 451.). Auch ein zu Toledo gefaßter Kirchenschluß (v. J. 633.)

läßt die dreißigjährige Verjährung bei bischöflichen Sprengeln gelten; nur sollte dadurch nicht aus einer Provinz in eine andere übergegriffen werden, indem dieses die Rechte der Metropoliten gefährdet haben würde (can. 3. 4. ib.). Eine Besonderheit enthält übrigens c. 1. X. de praescr. 2. 26., wo festgesetzt ist, daß ein neubekehrter Ort schon durch eine dreijährige Verjährung einem gewissen Sprengel erworben werden könne.

Ferner ergiebt sich aus c. 1. de praescr. in Sexto 2. 13., daß unter Voraussetzung eines scheinbar gültigen Rechtsgrundes (iustus titulus) eine Ausdehnung der mit einem kirchlichen Amte verbundenen Gewalt über ihre natürlichen Grenzen allerdings bewirkt werden kann. In der angeführten Stelle wird nämlich gesagt, daß ein Bischof die bischöflichen Rechte über eine Kirche, welche anerkanntermaßen in einem fremden Sprengel gelegen ist, auf den Grund der Verjährung in Anspruch zu nehmen befugt sei, nur müsse er „allegare . . . . huiusmodi praescriptionis titulum et probare." Aus cap. 18. X. de praescr. 2. 26. sieht man, daß eine solche Verjährung nur in Ansehung der einzelnen Rechte, deren Besitz hergebracht ist, wirksam erachtet werden kann.

§. 303.

So wie die weltlichen Hoheitsrechte sich zum Theil in Privatrechte verwandeln können, so finden wir auch, daß die Kirchengewalt in gewissen Beziehungen die Natur eines Privatrechts annimmt. Dieser Fall tritt beim kirchlichen Patronatrechte ein. Es läßt sich also annehmen, daß dieses eben sowohl wie die abgeleiteten Hoheitsrechte durch unvordenkliche Verjährung begründet werden kann, was denn auch durch einen Beschluß der Tridenter Kirchenversammlung bestätigt wird[834]).

834) Conc. Trid. Sess. XXV. cap. 9. de reform „. . . . Ut igitur debita in omnibus ratio observetur, decernit sancta synodus, ut titulus iuris patronatus sit ex fundatione vel dotatione, qui ex authentico documento et aliis iuris requisitis ostendatur; sive etiam ex multiplicatis praesentationibus per antiquissimum temporis cursum, qui hominum memoriam excedat, aliasve secundum iuris dispositionem. In iis vero personis, seu communitatibus, vel universitatibus, in quibus id ius plerumque ex usurpatione (d. h. durch widerrechtliche Anmaßung) potius quaesitum praesumi solet, plenior et exactior probatio ad docendum verum titulum requiratur; nec

Eine Verjährung mit völlig bestimmtem Zeitablaufe, etwa eine dreißig- oder vierzigjährige, dürfte sich aus dem kirchlichen Rechte nicht rechtfertigen lassen, nicht einmal unter Voraussetzung eines gültigen Erwerbungsgrundes. Aus dem Römischen Rechte würde allenfalls eine vierzigjährige Verjährung abgeleitet werden können, denn die Anastasische Verordnung (vgl. Th. 1. §. 19.) sagt ja „Sed quicunque *super quolibet iure*, quod per memoratum tempus inconcussum et sine ulla re ipsa illata iudiciaria conventione possedit, ... sit .... securus." Da aber die in der Anastasischen Verordnung eingeführte vierzigjährige Verjährung bloß eine Einrede gegen rechtliche Anfechtungen und keine Klage begründet, und damit demjenigen, der sich ein Patronatrecht beilegt, nicht viel gedient sein wird, so müßte man noch außerdem annehmen, daß die l. 8. §. 1. C. de pr. XXX vel XL ann. 7. 39. hier zur Anwendung gebracht werden dürfe, und demnach in Folge der abgelaufenen Verjährungszeit eine Klage zuzulassen sei; eine Annahme, die nicht ohne Bedenken ist, weil die l. 8. cit. bloß den eigentlichen Besitz berücksichtigt.

Wenn die Uebertragung eines schon bestehenden Patronatrechts aus einer Hand in die andere bewirkt werden soll, so will Rave (de praescr. §. 82.) die Grundsätze der Eigenthumsverjährung angewendet wissen. Demnach läßt er unter Voraussetzung eines gültigen Rechtsgrundes eine zehn- oder zwanzigjährige, und außerdem eine dreißig- oder vierzigjährige Verjährung gelten. Den strengen Rechtsgrundsätzen dürfte eine solche Erweiterung der Eigenthumsverjährung nicht angemessen sein.

---

immemorabilis temporis probatio aliter eis suffragetur, quam si praeter reliqua ad eam necessaria praesentationes etiam continuatae non minori saltem quam quinquaginta annorum spatio, quae omnes effectum sortitae sint, authenticis scripturis probentur." Also die fortgesetzte Ausübung des Patronatrechts (multiplicatae praesentationes), wenn sie in eine unvordenkliche Zeit zurückgeht, gilt gleich einer rechtsgültigen Erwerbung. Dabei muß aber auf jeden Fall ein sehr alter Besitz dargethan werden (per antiquissimum temporis cursum), also insoferne von einer Verjährung gegen eine Kirche die Rede ist, ein vierzigjähriger; wo eine widerrechtliche Anmaßung zu vermuthen ist, soll sogar eine funfzigjährige Ausübung gefodert werden.

Zehntes Buch.

Verjährung im peinlichen Rechte[835]).

§. 304.

Das Römische Recht*) kennt in Beziehung auf Verbrechen eine zwanzigjährige Verjährung (viginti annorum praescriptio).

835) Die besonderen Schriften über diesen Gegenstand findet man in des Lipenius bibl. iurid. T. II. pag. 194. (rubr Praescr. XX ann.); pag. 195. (rubr. Praescr. criminalis it. Praescr. delictorum) und in den Nachträgen Vol. I. pag. 394. (rubr. Praescr. criminalis), Vol. II. pag. 328. (ead. rubr.), Vol. III. pag. 1186. 1187. (ead. rubr.) verzeichnet. Ich hebe heraus Joh. Rud. Engau, jurist. Betrachtung v. d. Verj. in peinl. Fällen. Jena 1734. (6. Aufl. 1772.) 8. — Chph. C. Stübel (resp. I. G. Henkel) diss. utrum delictorum poenae praescriptione in foro recte tollantur, nec ne? Vitemb. 1793. — C. A. Gründler, system. Entwickelung d. Lehre v. d. Verjährung nach gemeinen und besonderen Rechten. Halle, 1796. 8. (Diese Schrift hat nur etwa als Zusammenstellung einigen Werth.) — A. P. W. Paysen, üb. d. Verj. d. peinl. Strafe. Altona, 1811. (In das Lob der Gründlichkeit, welches Kleinschrod im neuen Archive d. Cr.=R. Bd. 1. S. 666. dieser Schrift spendet, möchte ich nicht eben einstimmen.) Auch über die Verjährung bei einzelnen Verbrechen giebt es besondere Schriften, z. B. über die Verjährung bei der Doppelehe (vgl. des Lipenius bibl. T. I. p. 122. rubr. Bigamia), bei der Tödtung (vgl. ebd. T. I. p. 601. rubr. Homicidium.) S. ferner ⊕Idsinga de iur. praescr. impr. in caus. crim. Groning. 1808. De praescr. crim. ac. poen. auct. Ypeii ib. 1826. Vollgraff Abhandl. a. d. Gebiete d. Crim.=Staats= u. Deutsch. Priv.=R. Bd. II. Nro. 5. p. 79—196. Trummer z. Philos. d. R. u. insb. d. Straf=R. Hamb. 1827. Beleuchtung d. Entw. eines Strafges. B. f. d. Kgr. Hannover Celle 1827. p. 239—246. Bauer Anm. z. d. Entw. e. Strafges.B. f. d. Kgr. Hannover Bd. II. p. 239—254. Roßhirt Entwckl. d. Grds. d. Strafr. Heidlbg. 1828. p. 385—410.⊕ [Riedel de praescr. crim. Berol. 1831. Platzmann de poenar. praescr. Lips. 1832. Gründler N. Arch. d. Crim.=R. Jahrg. 1836. p. 336—356. Jahrg. 1841. p. 512—534. Zachariä ebd. Jahrg. 1842. p. 199—213. Schwarze ebd. Jahrg. 1843. p. 454—485. Demelius Unters. p. 39—43. Von neueren Lehr= u. Handbüchern vgl. namentlich Henke Handb. d. Crim.=R. Bd. IV. Berl. 1838. §. 22—26.]

*) Wegen der vereinzelten Spuren der Criminalverjährung im Germ. Rechte s. N. Arch. d. Crim.=R. Bd. X. p. 714 f. XIV. p. 191. Marezoll Crim.=R. p. 216. Not. 3.

welche — zufolge der in einem Bescheide der Kaiser Diocletian und Maximian enthaltenen Nachricht — als die Regel angesehen werden muß[836]). Außerdem findet sich noch eine fünfjährige Verjährung (quinquennii praescriptio) bei denjenigen Verbrechen, welche nach der lex Iulia de adulteriis bestraft werden[837]), und bei dem peculatus[838]).

Die Wirkung dieser Verjährung*) kann natürlich nicht darin bestehen, daß das Verbrechen als etwas Thatsächliches aufgehoben würde, was unmöglich ist, sondern nur darin, daß nach dem Ablaufe der Verjährungszeit kein peinliches Verfahren weiter Statt finden kann. In dieser Beziehung kann man denn auch wohl sagen, daß in Folge der Verjährung die Strafbarkeit wegfalle, weil eine Strafe nur nach vorhergegangenem peinlichen Verfahren zugefügt werden darf. Insoferne man nun unter einem Verbrechen im rechtlichen Sinne eine strafbare

---

836) L. 12. C. ad leg. Cornel. de fals. 9. 22. „Querela falsi temporalibus praescriptionibus non excluditur, nisi viginti annorum exceptione, sicut cetera quoque fere crimina." — Merkwürdig genug ist dieß eigentlich die einzige Beweisstelle. — Die Stellen, die man noch anführt (l. 3. D. de requir. 48. 17.; l. 13. pr. D. de div. temp. pr. 44. 3.) reden nicht von peinlichen Strafen, sondern von Vermögensansprüchen des öffentlichen Schatzes. Vgl. Th. 1. §. 13. [Demelius a. a. O. §. 6. Anm. 4. zieht hierher noch L. 10. D. de leg. Pomp. de parric. 48. 9. und L. 19. §. 1. D. de leg. Corn. de fals. 48. 10. Wenn hier die Unverjährbarkeit des parricidium und der suppositio partus besonders hervorgehoben werde, so folge daraus eben, daß eine allgemeine Criminalverjährung schon zu Paulus Zeit existiert habe. Wegen der ersten Stelle vgl. jedoch §. 309. Nro. 1. Die zweite will Schulting Iurispr. vet. antei. p. 515. Not. 24. auf die sechsmonatliche oder fünfjährige Frist der lex Iulia de adult. deuten. Richtiger scheint es, sie von der Untersuchung der Statusverhältnisse zu verstehen, wofür besonders die Schlußworte „nec interest, decesserit, nec ne ea, quae partum subdidisse contenditur" sprechen dürften. vgl. Abegg Lehrb. d. Straf-R.-W. §. 171. Roßhirt a. a. O. p. 397.]

837) L. 29. §. 6. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5. „Hoc quinquennium observari legislator voluit, si reo vel reae stuprum, adulterium vel lenocinium obiiciatur. Quid ergo, si aliud crimen sit, quod obiiciatur, quod ex lege Iulia descendit, ut sunt, qui domum suam stupri causa praebuerunt, et alii similes? Et melius est dicere, omnibus admissis ex lege Iulia venientibus quinquennium esse praestitutum."

838) L. 7. D. ad leg. Iul. pec. 48. 13. „Peculatus crimen ante quinquennium admissum obiici non oportet."

*) Vgl. dazu Kraus N. Arch. f. Crim.-R. Jahrg. 1846. p. 473 ff.

Handlung sich denkt, würde es denn doch so gar unrichtig nicht sein, wenn man behaupten wollte, es werde durch die Verjährung das Verbrechen (im rechtlichen Sinne nämlich) getilgt [839]). ♣ Eine Verjährung, wodurch die bereits erkannte Strafe aufgehoben würde, weil sie in gewisser Frist nicht zur Vollziehung kommt, giebt es nach gemeinem Deutschen Rechte nicht. Sie wäre wichtig, wo die Verurtheilung gegen Abwesende erfolgt ist. ♣

Wenn übrigens durch den Ablauf der Verjährung das peinliche Verfahren überhaupt aufgehoben wird, so folgt von selbst, daß auch die mittelbaren Folgen desselben, die Gütereinziehung und die Entehrung (infamia) wegfallen (vgl. Engau, v. d. Verj. in peinl. Fällen, §. 16.). Eher könnte man zweifeln, ob das verjährte Verbrechen nicht doch noch als Schärfungsgrund bei der Bestrafung neuer Verbrechen in Anschlag gebracht werden könne. Doch trete ich ohne Bedenken denjenigen bei, welche dieß läugnen. Da durch die Verjährung die peinliche Untersuchung des Verbrechens völlig beseitigt wird, und folglich das Verbrechen theils überhaupt, theils insbesondere in Ansehung des Grades der Strafbarkeit ungewiß bleibt, so scheint mir diese Ansicht hinlänglich gerechtfertigt [840]). Selbst

839) Der neulateinische Ausdruck *crimen praescribere* ist freilich nicht zu billigen. Aecht lateinische Ausdrücke sind Accusatio temporis praescriptione depellitur (l. 19. §. 1. D. de leg. Corn. de fals. 48. 10.); accusator praescriptione summovetur (l. 1. §. 10. D. ad SC. Turpill. 48. 16.); querela praescriptione excluditur (l. 12. C. ad leg. Corn. de fals. 9. 22.); crimen tempore sopitur (l. 29. §. 5. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5.). [Vgl. Zachariä a. a. O. p. 207 ff.]

840) [Für den Verf. ist u. A. Schwarze a. a. O. p. 476. Not. 55. Roßhirt a. a. O. p. 393.] Viele sind anderer Meinung. Tittmann (Handb. d. Strafrechtsw. Th. 1. S 104.) führt als Grund an, weil es offenbar sei, daß der Grund der Verjährung (Besserung) bei einem solchen Verbrecher nicht Statt finde. Es wird im folgenden §. Anm. 845. gezeigt werden, daß man unser gemeines, aus dem Römischen Rechte herstammendes Recht der peinlichen Verjährung mit Unrecht als eine die Begnadigung der gebesserten Verbrecher bezweckende Einrichtung ansehen würde. — [S. ferner gegen d. Verf. Heffter Crim.-R. §. 190. Anm. 3. „Denn in diesem Fall wird ja nicht das verjährte Verbrechen gestraft, sondern das Verhältniß des unverjährten zu der früheren Aufführung des Schuldigen."] Allenfalls möchten bei Leumundserforschungen auch wohl verjährte Verbrechen Berücksichtigung verdienen können, denn bei solchen Ausmittelungen kann es ja überhaupt nicht auf Gewißheit, sondern nur auf wohlbegründeten Verdacht ankommen. Voraus-

die Kosten des peinlichen Verfahrens möchte ich nicht unbedingt demjenigen zur Last fallen lassen, der nach Ablauf der Verjährungszeit wegen eines Verbrechens in Anspruch genommen wird[841]). Insoferne nämlich das Gericht gleich beim Anfange der Untersuchung beurtheilen konnte, daß die Verjährung dem Angeschuldigten zu Gute kam, verdiente es Tadel, daß es sich überhaupt mit der Untersuchung befaßte; denn es soll in der Folge gezeigt werden (vgl. §. 314.), daß im Untersuchungsverfahren das Gericht schon von Amtswegen die Verjährung zu berücksichtigen hat. Es versteht sich von selbst, daß es höchst unbillig wäre, wenn derjenige, der durch dieses tadelnswürdige Benehmen des Gerichts leidet, auch noch mit den Kosten belastet werden sollte. Sind die Umstände von der Art, daß beim Anfange der Untersuchung nicht recht klar war, ob die Verjährung eingetreten war oder nicht, so fällt allerdings dieser Gesichtspunkt weg, und es wird dann darauf ankommen, inwieferne überhaupt derjenige, welcher sich eines Verbrechens verdächtig gemacht hat, auch wenn er nicht verurtheilt werden darf, jenes Verdachts wegen zur Kostenerstattung angehalten werden mag.

Die privatrechtlichen Folgen des Verbrechens werden durch die peinliche Verjährung noch keineswegs aufgehoben, sondern es kommt hier auf den Ablauf der privatrechtlichen Verjährung an[842]). Zu den privatrechtlichen Folgen rechne ich auch den

---

gesetzt also, daß ein guter Ruf ein Milderungsgrund sein könnte, würde auch ein verjährtes Verbrechen, indem es den guten Ruf aufhebt, auf die Bestimmung des Strafmaßes Einfluß haben.

841) Engau (Verj. in peinl. Fällen §. 25.) begründet diese Meinung auch durch Anführungen von Urtheilssprüchen. Seiner Ansicht folgt Rave (de praescr. §. 161. nro. 2. obs. 4.). [S. auch Henke a. a. O. p. 204.] Viele sind freilich entgegengesetzter Ansicht, z. B. Leyser (med. ad Pand. LXXXIX. 9. 10.). Auch eine eigene Schrift von Geo. Steph. Wiesand (diss. num reus criminis ob praescr. absolutus in expensas proc. crim. damnari queat? Viteb. 1790.) finde ich unter den Vertheidigern der entgegengesetzten Meinung angeführt.

842) Dieses gilt von den Entschädigungsklagen, und insbesondere von der gegen den außerehelichen Schwängerer begründeten Klage auf Ausstattung der Geschwängerten und auf Unterhaltung des Kindes. Selbst eine Ehescheidungsklage pflegt man auf den Grund eines schon verjährten Ehebruches zuzulassen. ✠A. M. Vollgraff a. a. O. p. 185.✠

Einfluß, den ein vergangenes Verbrechen auf die Glaubwürdigkeit eines künftigen Zeugnisses hat, und stimme daher keinesweges mit Rave (de praescr. §. 161. obs. 3.), der die peinliche Verjährung hier wirksam werden läßt. Auch sehe ich nicht ein, warum derjenige, der einem Andern ein Verbrechen vorgeworfen hat, wenn er deswegen mit der iniuriarum actio belangt wird, nicht befugt sein soll, sich auf die Wahrheit seines Vorwurfs zu berufen, und dadurch eine Untersuchung über das Verbrechen herbeizuführen, wenn gleich die Verjährungszeit schon abgelaufen ist. Eine solche Untersuchung ist dann natürlich nicht als eine peinliche anzusehen, da sie nur einen Nebenpunkt in einer privatrechtlichen Streitigkeit ausmacht.

§. 305.

So wenig wir über die Geschichte der für die peinliche Strafbarkeit eintretenden Verjährung wissen (vgl. Th. 1. §. 14.), so ist doch leicht einzusehen, daß Feuerbach (Lehrb. d. peinl. Rechts §. 64.) unmöglich Recht haben kann, wenn er sagt: „Schwerlich hat die Verjährung der Verbrechen einen andern Grund, als die Maxime der Römischen Rechtsgelehrten, durch analogische Anwendung eines gegebenen Rechtssatzes das System zu erweitern und abzurunden. Von der erlöschenden Verjährung der Klagen führte die reine logische Consequenz auch sehr natürlich auf eine erlöschende Verjährung der Anklagen (accusationum).“ Es ist gar nicht erweislich, daß die Verjährung bei Verbrechen durch die Römischen Rechtsgelehrten, d. h. durch das eigentliche ius civile, eingeführt worden sei. Von der fünfjährigen Verjährung, welche bei den Unzuchtsverbrechen eintritt, wissen wir sogar bestimmt, daß dieß durch ein Gesetz (die lex Iulia de adulteriis) geschah[842a]). Ferner, wenn auch zu der Zeit, als die Verjährung für Verbrechen eingeführt wurde, eine Klagenverjährung bereits bekannt war, so galt diese doch nur für Klagen, die lediglich auf dem Edicte des Prätors beruhten,

---

842a) Hoffmann Lib. sing. ad leg. Iul. de adult. c. 3. §. 4. (Fellenberg iurispr. ant. T. I. p. 174.) hält für die Quelle dieser Bestimmung nicht die lex Iulia selbst, sondern ein wahrscheinlich auf Antrag des Augustus gemachtes Senatusconsult.

welche größtentheils auf eine Jahresfrist eingeschränkt waren; an den allgemeinen Grundsatz, daß jeder klagbare Anspruch innerhalb einer gewissen Zeit durch Versäumniß verjährt werde, war dazumal gar noch nicht zu denken.

Wenn nun unter diesen Umständen einerseits das Bestreben, einen allgemeinen Grundsatz in allen möglichen Anwendungen durchzuführen, schlechterdings nicht als Bewegungsgrund bei der Einführung der peinlichen Verjährung gewirkt haben kann, und andrerseits auch die jährige Dauer der prätorischen Klagen so durchaus keine Aehnlichkeit hat mit der zwanzigjährigen Dauer des auf Gesetzen beruhenden Anklagerechts, so wird man denn doch nicht umhin können, Gründe der Staatsklugheit aufzusuchen, welche die Gesetzgebung bei Annahme einer Verjährung für peinliche Fälle geleitet haben möchten [843]). ⊕ Während bei der Verjährung privatrechtlicher Ansprüche die Sicherung desjenigen, den diese Ansprüche bedrohen, Hauptzweck, daneben aber die strafwürdige Verzögerung in Verfolgung jener Ansprüche eine wichtige Nebenrücksicht für die Rechtfertigung der Verjährung ist, so tritt im peinlichen Rechte das letzte Motiv ganz zurück, indem das gemeine Wohl unter der etwaigen Nachlässigkeit derer, denen die Sorge dafür anvertraut ist, nicht leiden darf. Als Zweck der Criminalverjährung erscheint vielmehr der Schutz des im ruhigen Genusse der Unschuld lebenden Bürgers gegen störende peinliche Untersuchungen auf den Grund alter Verdachtsgründe. Dieser Schutz wird noch dadurch besonders empfehlenswerth, daß ⊕ bei Verbrechen, die vor langer Zeit begangen worden sind, die Thatsachen, auf welche es bei der Fällung eines Urtheils ankommt, in der Regel so verdunkelt werden, daß nur zu oft ein non liquet, oder eine Lossprechung wegen Mangels an Beweis die Folge sein muß. Es liegt dem Staate daran, daß die peinlichen Gerichte nicht mit fruchtlosen Untersuchungen beschäftigt werden;

---

843) Man wird vielleicht an die longi temporis praescriptio erinnern wollen, die allerdings der Zeitdauer nach mit der peinlichen Verjährung mehr Aehnlichkeit hat, als die Verjährungszeit der prätorischen Klagen. Aber wie hätte eine insbesondere nur zum Schutze des Eigenthumsbesitzes gegen dingliche Ansprüche angenommene Verjährung als Vorbild für die peinliche Verjährung dienen können? [Für durchaus verwerflich erklärt die Criminalverjährung Gründler a. a. O. Henke a. a. O. p. 173—178.]

auch ist es dem Ansehen der peinlichen Rechtspflege nicht günstig, wenn allzuoft die Untersuchungen mit dem Geständnisse endigen, daß man über die Wahrheit nicht habe in's Klare kommen können. Bedenke ich ferner, daß die Unschuld bei einer nach so langer Zeit eröffneten Untersuchung leicht gefährdet werden kann, weil der Angeschuldigte die zu seiner Rechtfertigung dienenden Umstände, z. B. das alibi, aus Mangel an Zeugen nicht mehr beweisen kann, so finde ich es ganz in der Ordnung, daß man, wenn eine gewisse Zeit verstrichen ist, die Untersuchung gleich ein für allemal abschneidet, so daß der Versuch, ob das Verbrechen sich ausmitteln läßt oder nicht, gar nicht erst gemacht zu werden braucht. Man sage nicht, eine fünfjährige Verjährung, wie sie bei den Uebertretungen der lex Julia de adulteriis vorkommt, sei zu kurz, um aus diesem Gesichtspunkte erklärt werden zu können. Bei Verbrechen, welche ihrer Natur nach in Dunkel gehüllt sind, und meistentheils keine Spuren zurücklassen, wie die Keuschheitsverletzungen, ist es gar nicht zu tadeln, wenn die Verjährungszeit kürzer bestimmt wird, als es bei andern Verbrechen zweckmäßig wäre. Was für besondere Gründe es gewesen sind, welche bewirkt haben, daß man für den peculatus ebenfalls eine ausgezeichnet kurze Verjährungszeit feststellte, können wir dahin gestellt sein lassen; die geschichtlichen Umstände sind uns zu wenig bekannt, als daß wir uns ein rasches Urtheil erlauben dürften. Wenn übrigens nicht zu läugnen ist, daß unter dem Schutze der Verjährungszeit manchmal auch ein wirklich überführbarer Verbrecher der verwirkten Strafe entzogen wird, so bedenke man, theils daß die Gesetze, indem sie durchgreifende Anordnungen machen, bloß die gewöhnlich vorkommenden Fälle im Auge haben können[844]), theils daß **meistens** noch besondere Billigkeitsgründe zu

---

844) Nichts ist ungründlicher, als wenn man den von der Schwierigkeit der Ausmittelung hergenommenen Rechtfertigungsgrund der Verjährung durch die Bemerkung, er sei nicht allgemein richtig, zu widerlegen glaubt (vgl. neues Arch. d. Crim.-R. Th. 1. S. 205.). Bei der Eigenthumsverjährung wird vorausgesetzt, daß der Eigenthümer Zeit genug gehabt habe, sein Recht vor dem Ablaufe der Verjährungszeit zu verfolgen; auch diese Voraussetzung ist nicht allgemein richtig. Beruhen etwa die Beweisgrundsätze, die den Richter manchmal in die Nothwendigkeit versetzen, einen Verbrecher straflos zu lassen, auf allgemein richtigen Voraussetzungen?

Gunsten des Verbrechers eintreten werden. Ein Verbrecher, der so lange Zeit unentdeckt geblieben ist, wird gewöhnlich in der Zwischenzeit einen gesetzmäßigen Lebenswandel geführt haben, indem die Untersuchung über ein späteres Vergehen leicht auch die früheren entschleiert. Ein solcher gesetzmäßiger Lebenswandel läßt auf Besserung schließen, und dann würde es als eine besondere Härte erscheinen, wenn man den gebesserten Verbrecher dennoch dem Gesetze zum Opfer bringen wollte, da der Zweck, ein warnendes Beispiel aufzustellen, nach so langer Zeit, und nachdem das Verbrechen in den meisten Fällen fast vergessen sein wird, diese Härte nicht füglich rechtfertigen kann[845]). Ein anderer Billigkeitsgrund möchte vielleicht noch darin liegen, daß ein Verbrecher, der seit einer Reihe von Jahren in beständiger Furcht vor der Entdeckung sein Leben zugebracht hat, doppelt schwer getroffen wird, wenn ihn, nachdem er durch Angst gebüßt hat, nun auch noch die gesetzliche Strafe erreicht. Endlich habe ich nichts einzuwenden, wenn man in besonderer Beziehung auf das Anklageverfahren eine wünschenswerthe Beschränkung gehässiger Leidenschaftlichkeit finden will, obgleich diese Ansicht leicht gegen das Anklageverfahren überhaupt beweisen dürfte, wenn man nicht die Gefährlichkeit oder Unbilligkeit verjährter Anklagen in Anschlag bringt, und so doch wieder auf die von mir schon angegebenen Rechtfertigungsgründe zurückkommt[845a]). Wie man aber auch hierüber denken möge,

---

845) Auf diesen Punkt hat man in neuerer Zeit ein ganz besonderes Gewicht gelegt. Gewiß ist, daß in dem Römischen Rechte nichts vorkommt, was darauf hinwiese, daß bei der Einführung der Verjährung für peinliche Fälle dieser Gesichtspunkt vorgewaltet habe, denn daß eine Stelle in den Briefen des jüngern Plinius, die man wohl hieher zu ziehen pflegt, gar nichts mit der Verjährung der peinlichen Anklagen zu schaffen hat, wird im §. 306. gezeigt werden. Anders ist es mit neueren Gesetzgebungen, in welchen sich aber der ganz verschiedene Geist sogleich darin ankündigt, daß die Wirksamkeit der Verjährung an die Bedingung einer ununterbrochen guten Aufführung geknüpft wird (z. B. im Bair. Strafgesetzb. Art. 139.); eine Bedingung, die dem Römischen Rechte ganz unbekannt ist. Da der Begriff der ununterbrochen guten Aufführung nicht immer genau genug bestimmt ist, so gewährt unter solchen Umständen die Verjährung dem Verdächtigen nur selten volle Beruhigung; auf jeden Fall ist er den Weitläufigkeiten einer peinlichen Untersuchung ausgesetzt.

845a) Roßhirt a. a. O. p. 387. 388. legt besonderes Gewicht auf die zuletzt bemerkte Rücksicht.

so ist gewiß, daß der gesunde Menschenverstand, welcher die Gründe einer rechtlichen Einrichtung in ihrem Gesammteindrucke wägt, niemals die Verjährung im peinlichen Rechte so verwerflich gefunden hat, als sie in neuerer Zeit denjenigen erschienen ist, welche in ehrenwerthem, obgleich irrigem Streben einen einzigen Grundsatz im peinlichen Rechte durchzuführen versucht haben. Die Art, wie dieser gesunde Menschenverstand sich ausspricht, klingt manchmal etwas sonderbar. So z. B. wenn man gemeint hat, Gott selbst habe nach Verlauf längerer Zeit dem Verbrecher verziehen, daher es auch dem Menschen gezieme, Verzeihung zu üben [846]).

§. 306.

Was nun den Ursprung der fünfjährigen Verjährung anbetrifft, welche bei den nach der lex Iulia de adulteriis zu be-

846) Bei Gründler (Verj. d. peinl. Strafe §. 8—15. u. im Arch. a. a. O. §. 3 ff.) findet man eine Zusammenstellung der verschiedenen Ansichten über den Grund der Verjährung im peinlichen Rechte, nebst einer (ziemlich seichten) Prüfung derselben. Doch kann auch Eichmann's Anmerkung zu Rave (doctr. de praescr. ad §. 159.) zur Uebersicht genügen. Ich will hier nur anführen, daß es mir scheint, als ob Christ. Thomasius (de praescr. bigam. §. 4.) den Hauptrechtfertigungsgrund sehr richtig hervorgehoben habe. Er sagt „Praescriptio criminum non eum in finem est inventa, ut delicta, de quibus aliquis convictus est, impunita maneant, sed potius, ne propter summam factorum incertitudinem ex temporis diuturnitate provenientem innocentes, in quos suspicio criminis alicuius cadit, indebita afficiantur poena aut beneficio defensionis priventur, quod ipsum post longum temporis lapsum propter interitum probationum maxime difficile redditur. Igitur directo praescriptio criminum non intendit remissionem delicti, de quo constat, sed potius remissionem actionis super delicto dubio.“ Vgl. Leyser, med. ad Pand. DXV. 1. 2.; Rave de praescr. §. 159. Wie seicht klingt es dagegen, wenn Bentham (üb. d. Theorie d. Strafen Th. 2. S. 390.) sagt „Si le voleur, le meurtrier, l'iniuste acquereur du bien d'autrui parviennent à éluder pendant vingt ans la vigilance des tribunaux, leur adresse sera recompensée, leur sureté rétablie, et le fruit de leur crime legitimé.“ Oersted (Grundregeln d. Strafgesetzgeb. S. 471.) hätte sich nicht sollen von der Zeitansicht fortreißen lassen. Ich für meinen Theil habe es immer sehr auffallend gefunden, daß in unserer Zeit, wo man den Grundsatz, daß es besser sei, hundert Schuldige ungestraft zu lassen, als einen Unschuldigen zu strafen, mit aller Kraft geltend macht, die Verjährung der peinlichen Strafe so unbillig beurtheilt, und nicht bedacht wird, daß, wenn sie nicht selten Schuldigen zum Schutze gereicht, sie doch auch der Unschuld zu Gute kommt.

strafenden Verbrechen Anwendung findet, so ist wohl nicht zu bezweifeln, daß sie durch jenes Gesetz selbst, also zur Zeit des ersten Augustus (736 J. nach Roms Erb., 18 J. vor Chr. Geb.) eingeführt worden ist[847]. Ueber den Ursprung der zwanzigjährigen Verjährung ist mit ungleich geringerer Sicherheit etwas zu bestimmen. Es wäre möglich, daß die zwanzigjährige Verjährung, welche bei Straffällen u. d. gl. gegen die Ansprüche des öffentlichen Schatzes Statt fand, Gelegenheit gegeben hätte, auch in Ansehung der peinlichen Strafe eine zwanzigjährige Verjährung gelten zu lassen. Aber recht wahrscheinlich ist es nicht; denn es wäre immer eine auffallende Machtäußerung der die peinliche Gerichtsbarkeit verwaltenden Obrigkeit gewesen, wenn sie, ohne ein bestimmtes Gesetz für sich zu haben, dem Ankläger das Gehör bloß deswegen hätte verweigern wollen, weil die für die Ansprüche des Staatsschatzes angenommene zwanzigjährige Verjährungszeit abgelaufen war. Man müßte also etwa die Vermittelung einer kaiserlichen Anordnung hinzudenken. Wenn aber die fünfjährige Verjährung bei den nach der lex Iulia de adulteriis zu bestrafenden Verbrechen durch ausdrückliche Bestimmung dieses Gesetzes eingeführt wurde, sollte es nicht am wahrscheinlichsten sein, daß auch die zwanzigjährige Verjährung einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung ihren Ursprung verdankt? Man denke z. B. an die ebenfalls in die Zeit des ersten Augustus fallende lex Iulia de iudiciis publicis; dann wäre die zwanzigjährige Verjährung wahrscheinlich jünger als die fünfjährige. Wäre diese Voraussetzung gegründet, so läge die Vermuthung sehr nahe, daß die für das peinliche Verfahren geltende zwanzigjährige Verjährung späterhin auch auf die Ansprüche des Staatsschatzes wegen der Strafgefälle u. d.

---

847) Paysen's Behauptung (über Verj. in peinl. Sachen S. 65.), daß man die Verjährung in Rom erfunden habe „zum Deckmantel der Lüste und Ausschweifungen der Großen und ihrer Günstlinge," ist durch nichts unterstützt. [Eine Analogie aus späterer Zeit bildet die fünfjährige Frist, welche durch einen Senatsbeschluß im J. 11. n. Ch. (L. 13. D. ad SC. Silan. 29. 5.) für die Untersuchung wegen vorzeitiger Testamentseröffnung gegen das SC. Silanianum eingeführt wurde. Wohl zu unterscheiden ist diese cognitio von der in L. 25. §. 2. D. eod. gedachten Popularklage, die ja als solche annalis war L. 8. D. de popul. act. 47. 23. vgl. Anm. 860. — Manche haben die fünf Jahre mit dem Römischen lustrum in Zusammenhang bringen wollen; so Heffter Crim.-R. §. 186. Not. 2. Nachweisbar ist dieß wenigstens nicht.]

gl. übertragen worden sei[848]). Uebrigens könnte man durch eine Stelle in den Briefen des jüngern Plinius (X. 40. [31.]) leicht verleitet werden, zu glauben, es habe die zwanzigjährige Verjährung zur Zeit dieses Schriftstellers, wenigstens in den Provinzen, noch nicht gegolten. Allein bei genauerer Betrachtung der Stelle ergiebt sich, daß Plinius von Leuten spricht, welche bereits zu peinlichen Strafen verurtheilt worden waren, die man aber nachher, ohne daß sie vom Kaiser Begnadigung erlangt hatten, aus den Straforten entlassen und zum Theil sogar wieder zu öffentlichen Anstellungen zugelassen hatte. Hier konnte es natürlich dem Plinius gar nicht einfallen, die Grundsätze von der Verjährung in Anwendung zu bringen. Da es ihm aber doch hart schien, Leute, die so lange wieder auf freiem Fuße gewesen waren, daß sie zum Theil schon das Greisenalter erreicht hatten, größtentheils auch die besten Zeugnisse über ihren Lebenswandel beibringen konnten, schonungslos in die Strafanstalten zu schicken, so wendet er sich mit einer Anfrage an den Kaiser. Dieser verfügt (epist. X. 41. [32.]), daß diejenigen, die noch nicht über zehn Jahre aus den Straforten entlassen wären, ohne Schonung dahin zurückgeliefert werden sollten. Diejenigen, die schon über zehn Jahre wieder auf freiem Fuße wären, und die alten Leute, bei denen es wenigstens schon mehr als zehn Jahre her sei, seitdem das Strafurtheil gegen sie gefällt worden, sollten dagegen nicht zurückgeschickt, sondern zu solchen Diensten gebraucht werden, die nicht viel besser seien als Strafarbeit, z. B. zum Reinigen der Abzugsgräben, zum Straßenbau u. d. gl.

Es ist mir hier nur darum zu thun gewesen, das Wenige zusammenzustellen, was sich über den unmittelbaren Ursprung der im Römischen Rechte vorkommenden Verjährung in pein-

848) Marcian (l. 3. D. de requir. 48. 17.) beruft sich hiebei auf eine Verfügung der „divi principes," wobei er wahrscheinlich an Septimius Severus und Antoninus Caracalla denkt. Daraus folgt aber keineswegs, daß früher von einer solchen Uebertragung noch gar nicht die Rede gewesen sei; sie konnte theilweise schon sehr zeitig Statt gefunden haben. — Gewöhnlich beruft man sich ohne weiteres auf die l. 3. cit., um zu beweisen, daß die peinliche Verjährung von Severus und Antoninus für alle Verbrechen eingeführt worden sei, und übersieht ganz, daß diese Stelle nur von den quaestiones apud fiscum spricht.

lichen Sachen mit einiger Wahrscheinlichkeit angeben ließ. Schon diese Untersuchung führte zu einem sehr unsichern Ergebnisse. Noch unsicherer wird der Pfad der Forschung, wenn sie tiefer dringen und sogar den Quellen nachspüren will, aus denen die Urheber der Römischen Verjährungsgesetze geschöpft haben möchten. F. A. Kretschmann sucht in einer unter Chr. Dan. Erhard's Vorsitze vertheidigten kleinen Abhandlung (observat. histor. de orig. praescriptionis criminum Lips. 1803.) aus einer Stelle des Demosthenes (pro Phormione, in Reiske's orat. graeci Vol. II. p. 952.) zu beweisen, daß schon die Athenienser eine fünfjährige Verjährung der peinlichen Anklagen überhaupt oder doch eine Verjährung der peinlichen Anklagen gegen die Sykophanten gekannt haben. Sodann geht er noch weiter zurück, und sucht darzuthun, daß bei den alten Völkern die Verjährung der Verbrechen durch die Vorstellung entstanden sei, einem Verbrecher, der lange Zeit hindurch weder von der göttlichen Rache, noch auch von der Rache des Verletzten verfolgt worden sei, müsse das begangene Verbrechen von der Gottheit und dem Verletzten gleichsam erlassen sein, daher es denn auch nicht billig sei, daß ihn die Rache des Gesetzes ferner verfolge. Ich lasse die Richtigkeit dieser Ansichten dahingestellt, da dergleichen Untersuchungen die Gränze der mir gesteckten Aufgabe überschreiten.

§. 307.

Die fünfjährige Verjährung tritt, wie schon bemerkt worden ist, bei denjenigen Verbrechen ein, welche nach der lex Iulia de adulteriis bestraft werden, und bei dem ❁ heutzutage nicht mehr als besonderes Verbrechen behandelten ❁ peculatus (vgl. §. 303.). Zu den Verbrechen, welche dem Julischen Gesetze unterworfen sind, gehören aber 1) die Verletzung der Geschlechtsehre, sowohl bei verheiratheten Frauen (eigentliches adulterium), als auch bei unverheiratheten Frauenspersonen und Knaben (stuprum); 2) die Begünstigung solcher Verbrechen, sei diese nun eigentliche Verkuppelung (lenocinium), oder unerlaubte Begünstigung anderer Art[849]). Dagegen wird 1) die Nothzucht

---

849) L. 29. §. 6. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5. (vgl. Anm. 837.) Von dem adulterium insbesondere sprechen noch l. 11. §. 4. D. ib. und l. 5. C.

nicht nach dem Julischen Unzuchtsgesetze bestraft. Hier erscheint vielmehr die Gewaltthätigkeit als das Ueberwiegende, daher denn auch die Strafe der lex Iulia de vi publica auf dieses Verbrechen angewendet wird (l. 3. §. 4. D. ad leg. Iul. de vi publ. 48. 6.). Auch erklärt Ulpian ausdrücklich die in der lex Iulia de adulteriis enthaltenen besonderen Bestimmungen über die Verjährungszeit für unanwendbar [850]. 2) Die Entführung wird nach Römischem Rechte gleichfalls nicht als Unzucht, sondern als öffentliche Vergewaltigung geahndet (l. 5. §. 2. D. ad leg. Iul. de vi publ. 48. 6.); von ihr muß also in Ansehung der Verjährung dasselbe wie von der Nothzucht gelten [851]. 3) Ob die Blutschande (incestum) ein nach der lex Iulia de adulteriis zu bestrafendes und daher auch einer fünfjährigen Verjährung unterworfenes Verbrechen sei, ist bestritten [852]. Inzwischen trage ich kein Bedenken, der verneinenden Meinung beizutreten. Daß die Blutschande mit einem der lex Iulia zuwiderlaufenden Verbrechen verbunden sein kann (mit adulterium oder stuprum), ist

---

ib. 9. 9. Die Arten, wie man sich eines fremden adulterium theilhaftig machen kann, werden am vollständigsten aufgezählt in l. 37. §. 1. D. de minor. 4. 4. Daß die Knabenschändung ein unter die lex Iulia fallendes Verbrechen ist, sieht man aus l. 34. §. 1. D. ad leg Iul. de adult. und §. 4. I. de publ. iud. 4. 18.

850) L. 29. §. 9. D. ad leg. Iul. de adult. „Eum autem, qui per vim stuprum intulit vel mari vel foeminae, sine praefinitione huius temporis accusari posse, dubium non est, cum eum publicam vim committere, nulla dubitatio est.“

851) Eine Verordnung von Gratian (l. 3. Th. C. de raptu virg. 9. 24.) setzt freilich eine fünfjährige Verjährung fest, wenigstens für den Fall, daß eine durch Entführung bewirkte Ehe angefochten werden soll. Der Justinianische Codex hat aber diese Verordnung nicht aufgenommen. Theoderich's Edict (c. 20.) [und die Lex Rom. Burg. Tit. 9.] kennt bei der Entführung die fünfjährige, die Gesetze der Westgothen (III. 3. §. 7.) kennen nur eine dreißigjährige Verjährung.

852) Besondere Schriften über diesen Gegenstand: Ioh. Sam. Frid. Böhmer (resp. I. W. Kummer) diss. de incestus quinquennali praescr. Fcf. ad Viad. 1754. 4. Phil. Jac. Heisler's jurist. Abh. v. Verj. d. Blutschande und übrigen fleischl. Vermischungen in verbot. Graden. Halle 1778. 4. Heisler hält die fünfjährige Verjährung bei der Blutschande für unzuläßig (was auch schon die Ansicht des Cuiacius, obs. XX. 17. war), und vertheidigt seine Ansicht recht gründlich, obgleich in einer etwas breiten Darstellung. Böhmer ist der entgegengesetzten Meinung. Außerdem werden die von dem adulterium handelnden Schriften zu vergleichen sein.

freilich klar genug. Daraus folgt aber nichts für die Blutschande an sich betrachtet. Vielmehr ist von dieser in einer Stelle des Ulpian ausdrücklich gesagt, das Julische Unzuchtsgesetz habe hier keine Anwendung[853]). Auch wissen wir sonst, daß die Bestrafung der Blutschande nicht nach einem bestimmten Gesetze, sondern nach altem Herkommen erfolgte; denn Pomponius sowohl, als Paulus berufen sich hinsichtlich der genaueren Bestimmungen über den Begriff der Blutschande lediglich auf die Sitte (l. 8., l. 39. §. 1. D. de ritu nupt. 23. 2.). Endlich ist bekannt, daß der weibliche Theil mit der Strafe der Blutschande verschont wird, wenn nicht zugleich ein Vergehen gegen die lex Iulia de adulteriis begründet ist[854]). Freilich lesen

853) L. 4. D. de quaest. 48. 18. ,,In incesto, ut Papinianus refert et est rescriptum, servorum tormenta cessant, quia et lex Iulia cessat de adulteriis.“ Es war nämlich ein altes Recht bei den Römern, daß die peinliche Frage gegen Sklaven nicht angewendet werden sollte, um von ihnen ein Bekenntniß gegen die Herrschaft zu erpressen (Tac. ann. II. 30.) Die lex Iulia de adulteriis machte von diesem Grundsatze eine Ausnahme (eigentlich nur für den Fall, wo eine Anklage auf den Grund dieser lex iure patris oder iure mariti erhoben würde; kaiserliche Verordnungen dehnten sie aber auch auf den Fall aus, wo ein extraneus als Ankläger auftrat. Cuiac. obs. XX. 14.). Dieses besondere, [bloß für das eigentliche adulterium, nicht auch für das stuprum geltende Recht (in l. 17. §. 1. D. de quaest. 48. 18., mit den Basiliken, anstatt „non torquentur“ durch Weglassung des „non“ die Lesart zu ändern, verbietet u. A. Amm. Marc. XXVIII. 1. 55. vgl. Geib Crim.-Proc. p. 638. Anm. 402.)] sollte nun bei der Blutschande nicht eintreten, weil hier die lex Iulia gar nicht zur Anwendung komme. [Cf. L. 39. §. 8. D. ad l. Iul. de adult.]. Dagegen wird freilich bemerkt, daß ja schon Cicero gerade bei dem incestum eine quaestio de servis in dominos anerkenne (part. or. c. 34. und orat. pro Mil. c. 22. ,,de servis nulla lege quaestio est in dominum, nisi de incestu, ut fuit in Clodium“). Aehnlicher Art ist die Nachricht bei Valerius Maximus, welcher (VI. 8. §. 1.) erzählt, daß in einer gegen den Redner M. Antonius eines incestum wegen eingeleiteten Untersuchung der Sklave des Angeschuldigten der peinlichen Frage unterworfen worden sei. Allein schon Eberh. Otto (vit. Papin. c. 17. §. 6.) hat bemerkt, daß nach dem angeführten Beispiele des Clodius zu schließen, dessen Abenteuer bei dem Feste der Bona Dea bekannt genug ist, bei Cicero unter incestum eine Religionsschändung verstanden werden muß. Bei der von Valerius Maximus erzählten Geschichte ist vielleicht ebenfalls an eine Religionsschändung, nämlich an eine Unzucht mit einer Vestalischen Jungfrau zu denken. [Vgl. Geib a. a. O. Anm. 403. Platner Quaest. de iure crim. Rom. Marb. 1842. p. 191 sq.]

854) Paul. S. R. II. 26. §. 15. ,,Incesti poenam, quae in viro in insulam deportatio est, mulieri placuit remitti; hactenus tamen, quatenus

wir in einer andern Stelle, daß in gewissen Fällen die Blutschande mit der Strafe des Julischen Unzuchtsgesetzes belegt wird. Darum sind wir aber noch nicht berechtigt zu schließen, daß der Grund für eine solche Strafe in eben diesem Gesetze gesucht werden müsse; nur das Maß der Strafe ist dem Gerichtsgebrauche gemäß aus ihr entlehnt worden[855]. Noch weniger zulässig ist es, wenn man daraus, daß die Römischen Rechtsgelehrten in den Büchern, die von der lex Iulia de adulteriis handelten, auch von der Blutschande gesprochen haben (vgl. die Ueberschriften von l. 7. §. 1., l. 11. §. 1. D. ad. leg. Iul. de adult. 48. 5.; l. 57. §. 1. D. de ritu nupt. 23. 2.), einen Schluß ziehen will, der hier in Betrachtung kommen soll. In Uebereinstimmung mit dem Grundsatze, daß der Incest an sich nicht unter die lex Iulia de adulteriis gehört, wird nun auch von Papinian entschieden, daß die fünfjährige Verjährung die Bestrafung der Blutschande als solche nicht aufheben könne, und selbst wenn diese mit einem unter jenes Gesetz fallenden Verbrechen verbunden ist, sei das kein Grund, die Verjährungszeit desselben in Anwendung zu bringen. Natürlich, weil sonst

---

lege Iulia de adulteriis non apprehenditur." (Vgl. Schulting's Anmerk. zu dieser Stelle in der iurisprud. anteiust.) L. 38. §. 4. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5. Inzwischen tritt diese Nachsicht gegen den weiblichen Theil denn doch nicht bei jeder Blutschande ein, sondern nur bei derjenigen, welche auf eigentlich Römischer Sitte beruht (bei der Blutschande unter Seitenverwandten.) Das incestum iure gentium prohibitum (zwischen Eltern und Kindern) wird an beiden Theilen bestraft (l. 38. §. 2. D. ib.)

855) Mos. et Rom. leg. coll. VI. 3. „. . . . Sed qui vel cognatam contra interdictum duxerit, remisso mulieri iuris errore, ipse poenam adulterii lege Iulia patitur, non etiam ducta." Die Blutschande unter Seitenverwandten wurde nämlich an dem Manne gewöhnlich mit deportatio bestraft (vgl. die vorige Anmerk.) Dabei wird aber vorausgesetzt, daß die Blutschande zugleich mit einer Entehrung (adulterium oder stuprum) verbunden ist (vgl. l. 5. D. de quaest. 48. 18.) Bei Heirathen im verbotenen Grade erschien diese Strenge zu groß; man ließ es an der lex Iulia de adulteriis (der relegatio, vgl. Paul. S. R. II. 26. §. 14.) genügen. Vgl l. 38. §. 1. D. ad leg. Iul. de adult. Diese mildere Behandlung trat auch bei einem Soldaten ein, der eine nahe Seitenverwandte in sein contubernium aufgenommen hatte (l. 11. §. 1. D. ib.), obgleich eine solche Lagerehe nicht als rechtmäßige Ehe gelten konnte. [Später wurde bekanntlich der Ehebruch härter bestraft als der Incest. L. 30. §. 2. C. eod. 9. 9. §. 4. I. de publ. iud. 4. 18. cf. L. 8. §. 3. D. ad leg. Iul. de adult.]

ein Umstand, der die Strafbarkeit erhöht, eine Begünstigung zur Folge haben würde[856]). Diejenigen, welche geneigt sind, die Blutschande der fünfjährigen Verjährung zu unterwerfen, sehen in dieser Stelle Papinian's eine Ausnahme, welche sie in dem Zusammentreffen zweier Verbrechen (der Blutschande und der Verletzung der Geschlechtsehre) begründet finden wollen (vgl. Leyser, med. ad Pand. DXV. 9. Heffter Crim.-R. §. 438. Not. 10. v. Wächter Abh. p. 169 f. Henke a. a. O. p. 183 f.). Selbst Thibaut (von Bes. u. Verj. S. 142.) und Feuerbach (Lehrb. d. peinl. Rechts §. 65.) huldigen dieser Ansicht. Aber wenn es an sich schon nicht natürlich ist, zwei Verbrechen, von denen jedes einzelne der fünfjährigen Verjährung unterliegen soll, ihres Zusammentreffens wegen einer zwanzigjährigen zu unterwerfen (indem die Verjährung nicht von der größern oder geringern Strafbarkeit abhängt), so läßt sich auch in keinerlei Art ein ähnlicher Gedankengang bei den Römischen Rechtsgelehrten nachweisen. 4) Von der naturwidrigen Unzucht läßt sich eben so wenig als von der Blutschande beweisen, daß sie in Gemäßheit der lex Iulia de adulteriis bestraft worden sei; es muß also bei der zwanzigjährigen Verjährung sein Bewenden haben, wie sehr auch Grund vorhanden gewesen wäre, die Verjährungszeit bei diesem Verbrechen auf ähnliche Weise festzustellen[857]). Die vielfache Ehe ist im Römischen Rechte überhaupt nicht als ein besonderes Verbrechen hervorgehoben.

§. 308.

Außer dieser fünfjährigen Verjährung finden wir im Römischen Rechte auch noch eine Verjährung von sechs Monaten,

---

856) L. 39. §. 5. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5. „Praescriptione quinque annorum crimen incesti coniunctum adulterio non excluditur."

857) [Uebereinstimmend Roßhirt a. a. O. p. 407.] Daß die Knabenschändung wirklich als adulterium angesehen und bestraft wurde, ist schon oben bemerkt worden (vgl. Anm. 849.); es ist also hier nur von den übrigen Arten der unnatürlichen Unzucht die Rede. Doch sind die Ansichten sehr verschieden. Während Einige die fünfjährige Verjährung für anwendbar halten, wollen Andere wegen der Abscheulichkeit dieses Verbrechens gar keine Verjährung zulassen. Vgl. Eichmann's Anm. o. zu Rave de praescr. §. 163. Rave hat die von mir vertheidigte Meinung angenommen. [A. M. Heffter Crim.-R. §. 188. Not. 3. wegen C.C.C. art. 116. s. auch Henke a. a. O. p. 182.]

welche aber schon zur Zeit des Kaisers Diocletianus außer Anwendung gesetzt worden zu sein scheint[858]). Diese halbjährige Verjährung trat ein, wenn eine Frauensperson wegen adulterium angeklagt werden sollte. In den ersten zwei Monaten waren nur der Vater oder der Ehemann zur Anklage berechtigt; in den folgenden vier Monaten konnte auch jeder Andere (extraneus) als Ankläger auftreten. Da übrigens die sechs Monate utiliter berechnet wurden, so konnte die Verjährungszeit sehr in die Länge gezogen werden; nur war angenommen, daß der Zeitraum einer fünfjährigen Verjährung auf keinen Fall überschritten werden sollte[859]).

§. 309.

In Ansehung der übrigen Verbrechen hat es bei der zwanzigjährigen Verjährung, welche als die Regel anzusehen ist, sein Bewenden; nur einige wenige Verbrechen werden auszunehmen sein, bei welchen die Verjährung gänzlich ausgeschlossen ist. Die Regel der zwanzigjährigen Verjährung gilt also namentlich auch bei den Unbilden (iniuriae), insoferne diese Gegenstände einer peinlichen Untersuchung sind; denn die Verjährung binnen Jahresfrist, welche in dem prätorischen Edicte ausgesprochen ist, geht nur auf die aestimatoria actio (vgl. §. 282.).

Die Verbrechen, bei welchen die Verjährung gänzlich ausgeschlossen ist, sind folgende:

1) Das parricidium[860]). Thibaut (üb. Bes. und Verj. S. 143.) will wenigstens eine dreißigjährige Verjährung zulassen.

---

858) L. 28. C. ad leg. Iul. de adult. 9. 9. „Ita nobis pudor cordi est, ut removeamus prisci iuris ambages et constituamus in adulterii quaestione, abolitis de medio ceteris praescriptionibus, praeter quinquennii temporis et lenocinii, quod marito obiicitur, exceptionem, illam etiam, quae post solutum prius matrimonium ante denuntiationem nuptae competit, fidem criminis nosci. Indignum est enim, ut ultionem pudoris praestigia versuti iuris excludant.“ [vgl. v. Wächter Abh. a. d. Straf-R. Lpzg. 1835. p. 116.] Ob die halbjährige Verjährung durch diese Verordnung ebenfalls für aufgehoben zu achten, ist nicht unbestritten (Cuiac. obs. XXVII. 15.).

859) L. 29. §. 5. D. ad leg. Iul. de adult 48. 5.; l. 4. §. 1. 2. ib. Vgl. Cuiac. obs. XX. 15.; Hoffmann ad leg. Iul. de adult. cap. 6.; Brissonius, ad leg. Iul. de adult. cap. 6. 20. 21.

860) L. 10. D. de leg. Pomp. de parr. 48. 9. „Eorum, qui parricidii poena teneri possunt, semper accusatio permittitur.“ Engau (v. d. Verj.

Diese Meinung geht von der Voraussetzung aus, daß die Verordnung des jüngern Theodosius (vgl. Th. 1. §. 18.), welche

in peinl. Fällen §. 39.), Quistorp (peinl. Recht §. 866.) und Gründler (v. d. Verj. d. peinl. Strafe §. 51.) sind der Meinung, daß durch die l. 10. cit. nur die fünfjährige, keineswegs aber die zwanzigjährige Verjährung ausgeschlossen sei. Die Gründe dieser dem Wortsinne der Stelle geradezu entgegenlaufenden Ansicht sind unglaublich schwach. 1) Die l. 3. D. de requir. 48. 17. sage ganz allgemein „Quamcunque enim quaestionem apud fiscum . . . viginti annorum silentio praescribi . . .“ Allein hier ist ja nicht von einer peinlichen Untersuchung, sondern von einem Anspruche des öffentlichen Schatzes auf verwirktes Gut die Rede. Und, abgesehen davon, ist es nicht anerkannter Grundsatz, daß neben einer ganz allgemein ausgesprochenen Regel gar füglich noch Ausnahmen bestehen können? 2) Aus l. 13. D. de SC. Silan. 29. 5. sehe man ganz deutlich, daß das „semper accusare“ dem „quinquennii tempus“ entgegengesetzt sei. Diese Stelle lautet also „In cognitione aperti adversus senatusconsultum testamenti eius, qui a familia sua occisus dicatur, quinquennii tempus constitutum est senatusconsulto, Tauro et Lepido consulibus. Quod tamen ad extraneos pertinet; namque eos, qui parricidii poena teneri possunt, semper accusare permittitur eodem senatusconsulto.“ Es verhält sich nämlich damit folgendermaßen. Das SC. Silanianum hatte (im J. 10. n. Chr. Geb.) bestimmt, daß im Falle eines Mordes gegen die in der Nähe ihres Herrn befindlich gewesenen Sklaven peinlich verfahren, und gegen sie, gesetzt auch, daß ihnen nur eine Fahrlässigkeit in der Vertheidigung ihres Herrn zur Last fiele, die Todesstrafe verhängt werden sollte (l. 1. pr. §. 26—28. D. eod.). Als natürlicher Rächer des Ermordeten wird der Erbe betrachtet; unterläßt es dieser, seiner Pflicht zu genügen, und tritt er die Erbschaft dennoch an, so verfällt dadurch alles, was aus der Erbschaft an ihn gekommen ist, dem öffentlichen Schatze (l. 5. §. 2. D. ib.). Im Geiste dieses Senatsbeschlusses verfügte nun der Prätor, daß keine Eröffnung des letzten Willens, bei Strafe von hundert Goldstücken, Statt finden sollte, ehe dem SC. Silanianum Genüge geschehen sei (l. 3. §. 18., l. 25. §. 2. D. ib.), so daß dieses Eröffnungsverbot als ein in dem SC. Silanianum selbst enthaltenes gelten konnte. Von der Untersuchung, ob dieses Verbot der Eröffnung des letzten Willens übertreten worden sei („cognitio aperti adversus senatusconsultum testamenti eius, qui a familia sua occisus dicatur“) spricht nun die l. 13. D. cit. Durch einen besondern Senatsbeschluß (vom J. 11. nach Chr. Geb.) war nämlich bestimmt worden, daß eine solche cognitio in der Regel nur innerhalb fünf Jahren zulässig sein solle; wenn aber diese voreilige Eröffnung Jemandem zu Last fällt, der mit dem Ermordeten so nahe verwandt ist, daß er gegen ihn ein parricidium hätte begehen können, so kann dieser auch noch später, und ohne daß eine Zeitbeschränkung vorgeschrieben wäre, in Anspruch genommen werden („semper accusare permittitur eodem senatusconsulto“). In dieser Stelle ist also gar nicht von einer Anklage wegen parricidium, sondern von dem Anspruche wegen voreiliger Eröffnung des letzten Willens die Rede. Der Ausdruck „accusare“

die dreißigjährige Verjährung als Regel für alle klagbaren Ansprüche aufstellt, auch auf peinliche Anklagen zu beziehen sei. Diese Voraussetzung ist ganz unerweislich. Die Verordnung des Theodosius sagt „Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra XXX annorum spatium minime protendantur.“ Unter den „personales actiones“ können im Gegensatze mit den dinglichen und den Vermögensklagen nur die klagbaren Schuldfoderungen verstanden werden; weder der Zusammenhang, noch der Sprachgebrauch erlaubt es, die peinlichen Anklagen mit darunter zu begreifen. Uebrigens ließe sich als Grund der bei dem parricidium vorkommenden Ausnahme das Empörende dieses Verbrechens betrachten. Wahrscheinlicher ist es aber, daß die l. 10. D. de parric. ursprünglich gar nicht von der accusatio parricidii, sondern gleich der l. 13. D. de SC. Silan., wo dieselben Worte vorkommen (vgl. Anm. 860.), von der cognitio aperti adversus SC. Silanianum testamenti gesprochen hat (vgl. Cuiac. obs. IV. 14.). Diese wahrscheinliche Vermuthung darf uns aber nicht abhalten, der Stelle denjenigen Sinn beizulegen, welcher, mit Rücksicht auf den Titel, in welchem sie bei der Verfertigung der Digesten ihren Platz gefunden hat, der einzig mögliche ist. Nur insoferne möchte ich auf sie einiges Gewicht legen, als sie die etwas mangelhafte Rechtfertigung dieser Ausnahme einigermaßen entschuldigen mag. Denn man kann allerdings fragen, wie kommt es, daß gerade dieses mit so schwerer Strafe belegte Verbrechen der Verjährung entzogen ist, da eben bei den schwersten Verbrechen auch die Sorge für die Unschuld am größten sein muß, die doch bei verspäteten Untersuchungen leicht gefährdet werden kann? Blinder Haß gegen das Verbrechen kann freilich manchmal die Gesetzgebung verleiten, daß sie einseitig nur die Schuld verfolgt, ohne die Sicherung der Unschuld gehörig zu berücksichtigen.

---

darf nicht täuschen, denn dieser findet sich oft, wo gar nicht von einer peinlichen Anklage die Rede ist. Nun vergleiche man Paysen (üb. d. Verj. in peinl. Sachen §. 35.). Seiner Ansicht nach bestimmte der in der l. 13. cit. erwähnte Senatsbeschluß „daß die quaestio wegen des Mordes des dominus noch vor Eröffnung des Testaments geschehen, durch fünf Jahre aber, insoferne sie kein parricidium betreffe, verjährt werden solle!“ [Vgl. aber auch oben Not. 847.]

2) Auch die Unterschiebung eines Kindes muß zu den unverjährbaren Verbrechen gezählt werden[861]). Und freilich konnte in sehr vielen Fällen durch das Abschneiden des peinlichen Verfahrens die genaue Untersuchung über das Verbrechen, der bürgerlichen Folgen wegen, doch nicht vermieden werden. Vielleicht lag darin der Grund, weswegen man die Verjährung auch in peinlicher Rücksicht völlig ausschloß, ✠vielleicht ist dieser aber auch nur in einem übertriebenen Eifer gegen das Verbrechen zu suchen, der auch in der eingeführten Todesstrafe sich kund giebt. Paul. R. S. II. 24. §. 9. L. 1. C. ad leg. Corn. de fals. 9. 22.✠ Thibaut (a. a. O.) läßt, seinen Grundsätzen getreu, wenigstens eine dreißigjährige Verjährung eintreten.

3) Der Abfall vom Christenthume ist erst im J. 426. (unter dem jüngeren Theodosius und Valentinian) für ein unverjährbares Verbrechen erklärt[862]). Da diese Verordnung jünger ist, als die Theodosische Verordnung über die dreißigjährige Verjährung, so muß selbst Thibaut (a. a. O.) zugeben, daß hier gar keine Verjährung, selbst nicht die dreißigjährige eintrete. Uebrigens erklärt sich diese Ausnahme aus dem besonderen (obgleich in jeder Rücksicht sehr unvernünftigen) Hasse gegen solche Abgefallene, der, wie wir aus derselben Verordnung sehen, so weit gieng, daß die peinliche Untersuchung noch nach dem Tode des Verbrechers anhängig gemacht werden konnte[863]).

---

861) ✠Wir haben darüber nur eine vereinzelte Stelle.✠ L. 19. §. 1. D. de leg. Corn. de fals. 48. 10. „Accusatio suppositi partus nulla temporis praescriptione depellitur, nec interest, decesserit nec ne ea, quae partum subdidisse contenditur.“ Cuiacius (obs. IV. 14.) meint zwar, die zwanzigjährige Verjährung sei stillschweigend vorbehalten (etwa wie es in der l. 12. C. eod. 9. 22. heißt „Querela falsi temporalibus praescriptionibus non excluditur, nisi viginti annorum exceptione, sicut cetera quoque fere crimina“), allein eine solche Auslegung ist allzu gewagt. [Vgl. Anm. 836.]

862) L. 4. C. de apost. 1. 7. „Apostatarum sacrilegum nomen singulorum vox continuae accusationis incesset et nullis finita temporibus huiuscemodi criminis arceatur indago.“ (Es ist l. 7. Th. C. eod. 16. 7.) Auch hier ist es sehr willkürlich, wenn die Stelle so verstanden wird, als seien bloß die kürzeren Verjährungszeiten ausgeschlossen, die zwanzigjährige Verjährung aber nicht mit begriffen.

863) Einige lassen wenigstens im Falle der Rückkehr zum Christenthume von der Zeit dieser Rückkehr an eine Verjährung Statt finden (denn daß eine

Diese Ausnahmen ohne einen besonderen gesetzlichen Grund vervielfältigen zu wollen, ist unstatthaft. Am wenigsten kann man den Grundsatz gelten lassen, daß die Verjährung bei allen Verbrechen ausgeschlossen werden müsse, welche schwerer sind, als die drei genannten (vgl. Leyser, med. ad Pand. DXV. 11. 12.). Sollen ja doch nach l. 12. C. ad leg. Corn. de fals. 9. 22. „omnia fere crimina“ der zwanzigjährigen Verjährung unterworfen sein! Selbst das ist nicht einmal zu billigen, wenn in Ansehung einzelner sehr schwerer Verbrechen, z. B. des Hochverraths, Ausnahmen versucht worden sind. Die Fruchtabtreibung, wenigstens die von den Eltern herrührende, ist wegen ihrer Verwandtschaft mit dem parricidium für unverjährbar erklärt worden; ebenfalls mit Unrecht. Daß besondere Landesgesetze einzelne Verbrechen nicht selten für unverjährbar erklärt haben, ist freilich nicht zu läugnen.

§. 310.

Da in Deutschland das Römische Recht selbst in peinlichen Sachen, wo es irgend thunlich war, angenommen worden ist, so ist dieses auch mit dem Rechte der Verjährung der Fall gewesen, obgleich die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl's V. gänzlich darüber schweigt, und die Veränderung, welche das peinliche Verfahren in Deutschland erfahren hat, mögliche Zweifelsgründe darbietet. Während nämlich bei den Römern das Anklageverfahren die Regel ausmachte, und es nur ausnahmsweise vorkam, daß die Obrigkeit von Amtswegen untersuchend einschritt, so ist es bei uns dahin gekommen, daß ein Anklageverfahren, welches doch sogar noch in der peinlichen Gerichtsordnung Karl's V. als das gewöhnliche vorausgesetzt wird, eigentlich nur in den Lehrbüchern, und auch hier nur anhangsweise, gefunden wird. Wer nun annimmt, daß die Verjährung in peinlichen Sachen gleich der im bürgerlichen Rechte vorkommenden Verjährung beurtheilt werden müsse, und gewissermaßen eine Bestrafung des Anklägers enthalte, der die für die Anklage bestimmte gesetzliche Zeitfrist ungenützt habe

solche Wiederbekehrung an sich noch nicht die Strafbarkeit aufhebt, sieht man aus l. 3. C. de apost. 1. 7.); doch fehlt es an einem genügenden Grunde zu einer solchen Annahme.

verstreichen lassen, der muß allerdings glauben, daß die nach Römischem Rechte bei Verbrechen geltende Verjährung auf das Untersuchungsverfahren nicht übertragen werden könne [864]). Hier müßte nämlich die Verjährung als eine gegen die Nachlässigkeit des untersuchenden Beamten gerichtete Strafe betrachtet werden; seltsam genug, da diese Strafe gar nicht den Beamten träfe, der an Bequemlichkeit gewinnt, wenn er nicht zu untersuchen nöthig hat, sondern der Nachtheil lediglich auf den Staat zurückfallen würde. Nur bei kleinern Vergehen, die mit Gelde gebüßt werden, und für den Richter, dem die Bußen ganz oder theilweise zufallen, gewinnbringend werden können, ließe sich etwa dieser Gesichtspunkt ohne Ungereimtheit festhalten. Allein wir haben auch nicht den geringsten Grund, zu glauben, daß die Römer bei ihrem Anklageverfahren eine Bestrafung der bei dem Ankläger vorauszusetzenden Nachlässigkeit mittelst der Verjährung bezweckt haben. Zwar wenn zufällig der Ankläger zugleich eine ihm besonders zugefügte Beleidigung zu rächen hatte, so könnte eine solche Ansicht von der Verjährung noch einigen Sinn haben. Aber im Allgemeinen war ja der Ankläger nach Römischer Ansicht keineswegs der Rächer einer ihm besonders zugefügten Unbild, sondern der Sachführer des allgemeinen Wohls. Die Gründe, welche als wirklich statthaft für die Verjährung in peinlichen Fällen angesehen werden können, sind bereits früher (§. 304.) entwickelt worden. Sie passen eben so wohl für das Untersuchungs- wie für das Anklageverfahren. Im Ganzen genommen ist heut zu Tage die Verjährung noch mehr gerechtfertigt, als im Römischen Verfahren; denn da wir es mit der Prüfung der Beweise und mit der Herstellung des Thatbestandes außerordentlich genau zu nehmen pflegen, so ist nicht leicht zu erwarten, daß nach längerer Zeit die Untersuchung ein Ergebniß liefern werde, welches

---

864) Hieher gehört eine besondere kleine Schrift von Karl Heinr. Müller (diss. de praescr. crim. principiis process. inquisitorii repugnante. Ienae 1818. 4. 38 S.), die aber keineswegs bedeutend genannt werden kann. Eine ältere von J. C. Vanizza (disquis. ex iure crim. de praescr. contra iudicem ex officio in crimina inquirentem loc. non hab. Oenip. 1769. 4.) führe ich an, um zu bemerken, daß sie weder im Lipenius, noch in den Nachträgen steht. Ich selbst kenne sie nur aus Paysen (Verj. in peinl. Sachen §. 9.)

eine vollständige Verdammung oder Lossprechung begründen mag. Unvollkommene Lossprechungen (absolutiones ab instantia) und Verurtheilungen zu außerordentlichen Strafen sucht man aber mit Recht zu vermeiden, wenn es nur irgend angeht, weil in ihnen die eigentliche schwache Seite der peinlichen Rechtspflege sich kund giebt[865]. So wie nun die bei den Römern im peinlichen Verfahren üblich gewesene Verjährung im Allgemeinen in unsern Gerichten zur Anwendung gebracht wird, so ist dieses insbesondere auch mit der fünfjährigen Verjährung der Fall, wenigstens insoferne diese bei den unter die lex Iulia de adulteriis fallenden Verbrechen Anwendung findet; denn da der Römische peculatus in unserm Gerichtsgebrauche gar nicht mehr als ein besonderes Verbrechen anerkannt, sondern nach dem Rechte der Entwendung behandelt wird, so nimmt man auch an, daß die für den peculatus festgesetzte besondere Verjährung von fünf Jahren bei uns unanwendbar sei (vgl. Engau, v. d. Verj. in peinl. Fällen §. 60.). Da übrigens der Begriff des adulterium bei uns bedeutend erweitert ist, indem der Ehebruch, auch wenn er keine Verletzung der Geschlechtsehre enthält, als Verbrechen erscheint, namentlich also, wenn ein Ehemann mit einer unehrbaren Person Unzucht treibt, so ist, so viel ich weiß, noch von Niemand bezweifelt worden, daß die fünfjährige Verjährung, welche die lex Iulia de adulteriis festsetzt, in allen Fällen angewendet werden kann, wo nach unseren Begriffen ein Ehebruch angenommen wird. Während ferner das Verbrechen des stuprum nach Römischem Rechte eine mit einer für ehrbar geachteten Person begangene Unzucht voraussetzt, weil auch hier eine Verletzung der Geschlechtsehre zum Begriffe des Verbrechens gehört, so ist dagegen nach den Begriffen des gemein-Deutschen peinlichen Rechts jede Unzucht verbrecherisch, so daß sogar die eigentliche Hurerei als ein Verbrechen aufgeführt wird; auch hier läßt man ohne Bedenken

865) Die einwendungsweise vorgebrachte Bemerkung, die Verjährung könne auch ein Reiz für nachlässige Richter sein, Untersuchungen so lange zu verschieben, bis die Verjährung eingetreten ist, um sich von den Beschwerden peinlicher Prozesse zu befreien (vgl. neues Arch. d. Crim.-R., Bd. 1. S. 204.) wird schwerlich denjenigen, der die Verjährung vertheidigt, in seiner Ansicht wankend machen. Sollte es wirklich für die Trägheit noch eines besonderen Reizes zur Unthätigkeit bedürfen?

die fünfjährige Verjährung eintreten (vgl. Quistorp, Grunds. d. peinl. R. §. 867.; Koch inst. iur. crim. §. 923.). Man sieht nämlich in der Bestrafung dieses Verbrechens bloß eine Erweiterung der in der lex Iulia de adulteriis ausgesprochenen Strafbarkeit. Ob die mehrfache Ehe, die nach unseren Begriffen ein eigenes*), von einem einfachen Ehebruche verschiedenes Verbrechen ist, ebenfalls der fünfjährigen Verjährung unterworfen werden könne, läßt sich eher bezweifeln. Da inzwischen Chr. Thomasius (de praescr. bigamiae) die fünfjährige Verjährung zuläßt, und die Neueren dieser Ansicht zu folgen pflegen, z. B. Rave (de praescr. §. 163. nro. 1.), Tittmann (Handb. d. Strafrechtswiss. Th. 1. S. 102. d. 2. Ausg. Heffter Crim.-R. §. 188. Not. 3.), so wird es räthlich sein, in einer so zweifelhaften Sache der gangbar gewordenen Meinung beizutreten, auch wenn man die Gründe nicht für entscheidend hält. Bei den übrigen Verbrechen gilt die zwanzigjährige Verjährung, die Ausnahmen abgerechnet, in welchen das Römische Recht gar keine Verjährung zuläßt. Diese Ausnahmen zu vermehren ist jedoch kein genügender Grund vorhanden. Bei dem Morde, dem Ehebruche, der Abgötterei, Zauberei und unnatürlichen Unzucht hat man freilich die Verjährung aus dem Grunde ausschließen wollen, weil diese Verbrechen schon nach göttlichem Rechte strafbar seien (z. B. Leyser, med. ad Pand. DXV. 13.). Allein die falsche Ansicht, daß das Mosaische Recht als ein von Gott für alle Zeiten und Völker gesetztes und daher unabänderliches Recht zu betrachten sei, ist schon von Andern hinlänglich widerlegt worden. (Vgl. über diese Streitfrage Engau, v. d. Verj. in peinl. Fällen §. 28—36.; Tittmann, Handb. d. Strafrechtswiss. Bd. 1. S. 101. Anm. d. d. 2. Aufl.).

Wenn der neuere und insbesondere der Deutsche Gerichtsgebrauch zum Theil sogar eine noch nicht vollendete Verjährung berücksichtigt, indem er den Umstand, daß die Verjährungszeit beinahe ganz, oder selbst auch nur zum größeren Theile abgelaufen ist, als einen Milderungsgrund gelten läßt (vgl. Rave, doctr. de praescr. §. 160. schol. 2.; Leyser, med. ad Pand.

---

*) S. dag. v. Wächter Abh. p. 161. Not. 31. „Da die Carolina die Bigamie als Ehebruch auffaßt, so muß sie auch wie der Ehebruch in fünf Jahren verjähren.“ p. 269.

DXV. 3.), so ist dieses aus gesetzlichen Gründen nicht zu rechtfertigen (vgl. Ge. Steph. Wiesand, thes. iur. crim. Viteb. 1801. 4. nro. 1.)[866]). Die den Zeitansichten unangemessene Härte eines aus dem Mittelalter hervorgegangenen peinlichen Gesetzes hat aber, indem sie das Bedürfniß einer milderen Rechtspflege erzeugte, diesem Milderungsgrunde, wie so vielen anderen, die eben so wenig in den Gesetzen begründet sind, in den Gerichten Eingang verschafft.

§. 311.

Indem es nun darauf ankommt, die Grundsätze aufzustellen, nach welchen beurtheilt werden soll, ob die Verjährung eingetreten sei, stoßen wir auf die größten Schwierigkeiten. In keinem Theile der Verjährungslehre haben sich die streitigen Sätze mehr angehäuft. Der Grund davon liegt großentheils darin, daß die Römischen Rechtsgelehrten das Anklageverfahren im Auge hatten, und daher die Rechtsfragen, welche bei dem Untersuchungsverfahren hervortreten, unberücksichtigt gelassen haben[867]). Daß die Verjährungsfrist fortlaufend (con-

866) Die Vertheidiger der Milderung, z. B. Leyser (med. ad Pand. DXV. 3.), führen besonders den Gerichtsgebrauch an. Um aber nicht aller gesetzlichen Stütze zu entbehren, so berufen sie sich auf l. 25. pr. D. de poen. 48. 19., welche von einer milderen Bestrafung derjenigen spricht, „qui in reatu longo tempore sunt." Aber hier muß man an einen Fall denken, wo sich der Verbrecher längere Zeit im wirklichen Anklagezustande befunden hat. Ohnehin zweifle ich sehr, ob eine Stelle eines alten Rechtsgelehrten aufzufinden sein wird, wo reatus eine andere Bedeutung hat. Anderer Meinung ist Paysen (über die Verj. in peinl. Sachen §. 45.). Er beruft sich noch auf Plin. ep. X. 40. 41., (wo aber von der Strafvollziehung gegen verurtheilte Verbrecher die Rede ist, wie ich im §. 306. gezeigt habe), auf nov. 5. cap. 2. §. 2., (wo bei Mönchen erlaubt wird, auch bei solchen, welche noch nicht die dreijährige Probezeit vollendet haben, die Auslieferung im Falle einer Anklage zu verweigern) und auf l. 5. pr. D. de re milit. 49. 16., (wo bestimmt wird, daß bei Bestrafung eines entwichenen Soldaten auch auf die Dauer der Zeit, „quo in desertione fuerit," Rücksicht genommen werden soll, was aber keinesweges so verstanden zu werden braucht, als ob der Soldat in dem Maße, als er sich später zur Fahne stellt, auch milder bestraft werden soll, sondern viel natürlicher gerade umgekehrt verstanden wird). Eine ausführliche Widerlegung dieser Gründe wäre überflüssig.

867) Hieher gehört ein Leipziger Programm (de temporis comput. in praescr. crim.) vom J. 1821. (auct. C. A. Brehm.)

tinue) berechnet werden muß, kann nicht mit Grund bezweifelt werden. In Beziehung auf die fünfjährige Verjährung ist jede Möglichkeit eines Zweifels durch eine Stelle Ulpian's beseitigt[868]). Dadurch erhalten wir aber zugleich ein Recht, auf die zwanzigjährige Verjährung zu schließen, und dieses um so mehr, als alle Verjährungen, zu welchen eine längere Zeit erfodert wird, in einem tempus continuum bestehen. Die sechsmonatliche Verjährung, welche bei dem Verbrechen des adulterium, wenigstens bis auf die Zeit des Kaisers Diocletian, zu Gunsten der Frauenspersonen vorkommen konnte, beruhte allerdings auf einem tempus utile[869]); dieses war aber hier schon wegen der Kürze des bestimmten Zeitraums nicht anders zu erwarten.

§. 312.

Der Anfangspunkt dieser Verjährung ist im Allgemeinen ohne Schwierigkeiten zu bestimmen. Es ist der Zeitpunkt des begangenen Verbrechens, ohne Rücksicht, ob die Eröffnung der Untersuchung möglich ist; namentlich also auch ohne Rücksicht, ob das Verbrechen überhaupt verborgen geblieben, oder ob der Verbrecher wenigstens ganz unentdeckt gewesen ist[870]). Daß

---

868) L. 1. §. 10. D. ad SC. Turpill. 48. 16. . . . post quinque annos continuos ... L. 31. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5. „Quinquennium non utile, sed continuo numerandum est.“ Vgl. l. 11. §. 4., l. 29. §. 5. D. ib. [vgl. v. Savigny Syst. Bd. IV. p. 427. 441.]

869) L. 11. §. 6. D. eod. „Sexaginta dies, qui marito accusante utiles computantur, feriatis quoque diebus, si modo facultatem praesidis adeundi accusator habuit, numerari certum est, quoniam de plano quoque libellus dari potest. Quod privilegium si amisit, non prohibetur, intra alios quatuor menses querelam suam apud iudicem deferre.“ Diese alii quatuor menses, in welchen der Mann noch die Rechte eines extraneus bei der Anklage hat, sind natürlich ebenfalls ein tempus utile. cf. L. 4. §. 1. L. 29. §. 5. D. eod. L. 6. C. eod. 9. 9. Coll. Tit. 4. c. 4. §. 2.

870) L. 29. §. 7. D. eod. „Quinquennium autem ex eo die accipiendum est, ex quo quid admissum est . . . .“ Diese Meinung vertheidigt auch Leyser (med. ad Pand. DXV. 4. 5.). Die Gründe, aus welchen man behaupten will, daß für unser Untersuchungsverfahren andere Grundsätze gelten müssen, als für das Römische Anklageverfahren (z. B. Gründler, Verj. d. peinl. Str. §. 46.) sind völlig ungenügend. Gründler kann sich gar nicht vorstellen, „daß das Recht, welches ich durchaus nicht habe ausüben können, verjährt werden kann.“ Auch, meint er, „würde hiedurch der Weg

die Flucht des Verbrechers eine Ausnahme machen soll, ist nirgends gesetzlich bestimmt; von selbst versteht es sich um so weniger, als die Untersuchung allerdings auch gegen Abwesende eröffnet werden kann. Nur bei der sechsmonatlichen Verjährung, welche in Folge der lex Iulia de adulteriis für die Anklagen gegen die Frauenspersonen Statt fand, waren noch andere Rücksichten zu nehmen[871]).

Schwieriger wird die Untersuchung, wenn die Regel näher bestimmt werden soll. 1) Bei Verbrechen, die gar nicht vollständig zur Ausführung gekommen sind, so daß bloß von der Strafe des Versuchs die Rede sein kann, beginnt die Verjährung von dem Augenblicke, in welchem der Versuch der Ausführung am nächsten gekommen ist. 2) Bei Verbrechen, die man durch Andere hat ausführen lassen, läuft natürlich die Verjährung gegen den mit der Strafe des vollendeten Verbrechens zu belegenden Anstifter erst von der Zeit der Ausführung an, indem er für diese eben so verantwortlich ist, als ob sie durch ihn selbst bewirkt worden wäre*). 3) Wenn das Verbrechen bloß in der Unterstützung besteht, die einem Verbrecher

---

zu Verbrechen, vorzüglich zu den insgeheim verübten Verbrechen noch mehr gebahnt werden." Der letzte Grund würde die peinliche Verjährung überhaupt umstürzen, und was den ersten betrifft, so würde er die Anwendung der Verjährung in der Eigenthumslehre und in der Lehre von den Schuldfoderungen auf eine ganz unstatthafte Weise beschränken. Da die Grundsätze des Römischen Rechts nicht einmal im Privatrechte eine in integrum restitutio zulassen, sobald von Strafsachen die Rede ist (l. 37. pr. D. de minor. 4. 4.; l. 18. D. ex quib. caus. mai. 4. 6.), so werden nicht einmal außerordentliche Hindernisse der gerichtlichen Thätigkeit, z. B. ein Stillstehen der Gerichte wegen Kriegsunruhen oder Seuchen, den Anfang der peinlichen Verjährung aufhalten können. Die Verjährungszeit ist nicht kurz genug, daß ein Verbrecher (wie Gründler a. a. O. §. 47. meint) jemals mit Gewißheit vorauszusehen vermöchte, daß während der Verjährungszeit die peinlichen Gerichte gar nicht gehegt werden können. [S. auch Schwarze a. a. O. p. 468.]

871) Diese sechs Monate laufen nur bei unverheiratheten Frauenspersonen von dem Tage des begangenen Verbrechens, bei verheiratheten dagegen erst von dem Tage, an welchem die Scheidung erfolgt ist (l. 29. §. 5., l. 30. §. 1. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5.), weil die Anklage nicht möglich ist, so lange die Ehe besteht, und da der Mann vorzugsweise das Anklagerecht haben soll, so wird der Anfang der Verjährung noch weiter hinausgeschoben, wenn derselbe auf eine vorübergehende Weise von der Anklage abgehalten ist (l. 15. pr. D. ib.).

*) Vgl. Schwarze a. a. O. p. 460.

zu Theil geworden, so läuft die Verjährung von der letzten Handlung an, die zur Unterstützung des Verbrechens vorgenommen worden ist, selbst wenn dieses viel später vollendet worden wäre[871a]). 4) Wenn die gesetzwidrige Handlung in ihren Folgen fortdauert, ohne sich jedoch zu erneuen, so beginnt die Verjährung dennoch mit der eigentlichen verbrecherischen Handlung. So ist es ohne Zweifel bei der Entwendung[872]). So müßte es auch sein bei dem Verbrechen der Unterschiebung eines Kindes, wenn hier überhaupt von Verjährung die Rede sein könnte (vgl. §. 309. Nro. 2.). Dieselbe würde beginnen müssen mit der That, obgleich die Folgen bis zur Aufdeckung des Betruges fortdauern. Aehnliches muß gelten bei dem Verbrechen des Abfalls vom Christenthume (apostasia), welches durch den Uebertritt zu einem andern Glauben völlig vollendet ist, so zwar, daß in dem Beharren bei der Abtrünnigkeit gar nicht eigentlich eine Fortsetzung jenes Verbrechens angenommen werden kann. Aber auch bei der mehrfachen Ehe sind die nämlichen Grundsätze anzuwenden. Zwar liegt in der Fortsetzung einer solchen Ehe ein stuprum oder adulterium, aber das Verbrechen der vielfachen Ehe wird doch eigentlich nur durch die gesetzwidrige Verheirathung begangen*). Wenn also da-

---

871 a) Es versteht sich von selbst, daß hier nicht an den Fall zu denken ist, wo sich Mehrere zur gemeinschaftlichen Begehung eines Verbrechens verbunden haben. Hier läuft die Verjährung für die Einzelnen nicht eher, als bis überhaupt das Verbrechen vollendet ist, abgesehen davon, ob das betreffende Individuum bis zuletzt dabei thätig war; es müßte sich denn ganz vom Bunde getrennt haben. [Damit erledigt sich wohl die Gegenbemerkung von Roßhirt a. a. O. p. 396. Not. s. auch Henke a. a. O. p. 189.]

872) L. 9. pr. D. de furt. 47. 2. „Ei, qui furti actionem habet, assidua contrectatione furis non magis furti actio nasci potest, ne in id quidem, in quod crevisset postea res surrepta.“ Aus dieser Stelle sehen wir, daß die poenalis actio (auf das duplum oder quadruplum) durch die Thatsache der (vollständigen) Entwendung völlig begründet und begränzt war, obgleich der Entwender durch das Behalten der entwendeten Sache die Entwendung fortsetzt. Dieses verstattet einen Schluß auf die peinliche Strafe.

*) S. dag. Schwarze a. a. O. p. 461 ff. „Die Existenz der bigamischen Ehe, das bigamische eheliche Verhältniß wird gestraft — durch die Trauung erhält dasselbe nur seinen bestimmten Character als Ehe — und mit der Trauung schließt daher noch nicht das Verbrechen ab, welches von derselben an datiert.“ vgl. v. Wächter Abh. p. 162. Not. Für d. Verf. u. A. Henke a. a. O. p. 190.

von die Rede ist, die Strafe der mehrfachen Ehe als solcher durch Verjährung aufzuheben, so beginnt diese nothwendig schon mit der Zeit der geschlossenen Ehe. Nimmt man nun an, daß bei der mehrfachen Ehe die Strafbarkeit einer zwanzigjährigen Verjährung unterliegt, während für das stuprum und für das adulterium eine fünfjährige Verjährung gilt, und setzt man ferner voraus, daß die mehrfache Ehe über die Zeit der Verjährung gedauert hat, und von dieser Seite straflos geworden ist, so wird das stuprum oder adulterium (aber nur binnen fünf Jahren) immer noch zur Untersuchung gezogen werden können; es versteht sich aber dabei von selbst, daß die Fortsetzung der mehrfachen Ehe durch bloßes Zusammenwohnen dazu nicht hinreichend ist, sondern daß alle Bedingungen des stuprum oder des adulterium vorhanden sein müssen [873]. 5) Wenn das Verbrechen durch die Fortsetzung der Gesetzwidrigkeit sich erneut, ohne sich jedoch zu vervielfachen, so kann die Verjährung erst anfangen, wenn die ganze Reihe der Gesetzwidrigkeiten, die in den Begriff eines einzigen Verbrechens zusammengezogen werden, abgelaufen ist. So z. B. wenn ein ehebrecherisches oder sonst ein unzüchtiges Verhältniß zwischen denselben Personen längere Zeit fortgedauert hat, oder das Falschmünzen längere Zeit getrieben worden ist, oder bei einem gegen die Freiheit begangenen Verbrechen (z. B. Menschenraub, Entführung) die gewaltsame Beschränkung der Freiheit fortgesetzt wird. Da hier die ganze Reihe der Gesetzwidrigkeiten als eine Einheit angesehen wird, so folgt, daß auch diejenigen Gesetzwidrigkeiten, welche über die Verjährungszeit hinaus liegen, und daher an und für sich straflos wären, demungeachtet zur Untersuchung kommen müssen, und auf die Bestrafung Einfluß haben, wenn

---

873) Chr. Thomasius (de praescr. bigamiae §. 52.) will bei der Doppelehe das Verbrechen so lange fortdauern lassen, als der Beischlaf fortgesetzt wird. Seiner Meinung nach beginnt also die Verjährung erst mit der Enthaltung vom Beischlafe. Andere fodern eine gänzliche Aufhebung des durch die Doppelehe begründeten Verhältnisses; doch findet wieder Verschiedenheit der Ansichten in einzelnen Punkten Statt. Eine besondere Schrift des Ge. St. Wiesand (de initio praescriptionis in crimine bigam. Viteb. 1794.) habe ich nicht verglichen, doch finde ich angeführt, daß nach seiner Meinung die Verjährung von der Zeit des letzten Beischlafs mit der zweiten Frau gerechnet werden müsse.

sie erschwerende Umstände enthalten; sonst hieße das eine That bloß nach ihrem Ende, ohne Rücksicht auf den Anfang beurtheilen. 6) Wenn die verbrecherische Lebensweise so fortgesetzt wird, daß dadurch eine Vervielfachung des Verbrechens entsteht, so ist jedes dieser mehreren Verbrechen auch in Beziehung auf die Verjährung für sich besonders zu beurtheilen. Wenn demnach ein Verbrechen, welches über die Verjährungszeit hinausliegt, gar nicht zur Untersuchung gezogen werden kann, so kann auch kein Schärfungsgrund für die Bestrafung der späteren Verbrechen von demselben hergenommen werden [874]). 7) Daß bei der Anhäufung verschiedenartiger Verbrechen die Verjährung der einzelnen Verbrechen ganz selbständig beurtheilt werden muß, versteht sich ohnehin von selbst.

§. 313.

Ueber die Bestimmung des Zeitpunktes, mit welchem die Verjährungszeit für geschlossen zu rechnen ist, wird sehr gestritten. Diejenigen, welche den Anfang des letzten Tages, wie bei der usucapio, als Endpunkt annehmen, können sich mit einigem Scheine auf die Gunst berufen, welche das Römische Recht auch sonst den Angeklagten zu Theil werden läßt; es scheint natürlich, daß sie in einem so zweifelhaften Falle entscheiden muß. In der That aber ist der Fall gar nicht so zweifelhaft. Sucht man nämlich nach Aehnlichkeiten, so findet man bald, daß die Verjährung in peinlichen Fällen mit derjenigen Verjährung, wodurch vermögensrechtliche Ansprüche abgeschnitten werden, verglichen werden kann; wie nämlich hier der privatrechtliche Anspruch, so wird dort die Anklage abgeschnitten. Wenn nun für die privatrechtlichen Ansprüche als Grundsatz gilt, daß die Klage angenommen werden muß, so lange der letzte Tag noch nicht abgelaufen ist (vgl. Th. 1. §. 90.), so folgt, daß auch die peinliche Untersuchung nicht abgelehnt werden kann, wenn nicht der letzte (Kalender-) Tag verstrichen ist. Mit dieser Ansicht stimmt eine Stelle des Paulus (l. 30. §. 1. D.

---

874) Die entgegengesetzte Meinung findet sich in einem Wittenberger Urtheile (vgl. Leyser, med. ad Pand. DXLI. 13.); sie ist aber gegen die Natur der Sache.

ad leg. Iul. de adult. 48. 5.) überein, wo von den zwei Monaten die Rede ist, welche dem Ehemanne (und Vater) der adultera vorzugsweise zur Anklage gebühren (vgl. Anm. 871.). Dort heißt es nun „Sexaginta dies a divortio numerantur; in diebus autem sexaginta et ipse sexagesimus est.“ [Vgl. Bd. I. Anm. 281.] Also der sechzigste Tag gehört selbst noch mit dazu, muß also abgelaufen sein, wenn die Verjährungsfrist als verstrichen gelten soll; diese Bestimmung schließt den Grundsatz, daß der Anfang des letzten Tages als vollendet gerechnet werde, ganz offenbar aus [875]).

§. 314.

Die zu Gunsten des Angeschuldigten laufende Verjährung wird unterbrochen, wenn das peinliche Verfahren gegen ihn seinen Anfang nimmt [876]). Es versteht sich von selbst, daß die Verjährung nur in Ansehung desjenigen Verbrechens, auf welches die peinliche Anklage gerichtet ist, unterbrochen werden kann; nicht minder gewiß ist es, daß niemals eine solche Unterbrechung vermuthet werden darf, und folglich gegen denjenigen, der den Ablauf der Verjährungszeit für sich hat, nothwendig bewiesen werden muß [877]).

Im Anklageverfahren ist es die Erhebung der Anklage, wodurch die Unterbrechung der Verjährung herbeigeführt wird [878]).

---

875) Ge. Steph. Wiesand (theses iur. crim. Viteb. 1801. 4. Nro. 2.) [Gründler a. a. O. Jahrg. 1841. p. 512—515.] ist auch gegen die Annahme, daß die Verjährung in peinlichen Fällen mit dem Anfange des letzten Tages abgelaufen sei. Wenn ersterer aber seine Behauptung so stellt „In praescriptione delictorum tempus naturaliter est computandum,“ so ist immer noch eine falsche Ansicht möglich. [A. M. Schwarze a. a. O. p. 470. s. auch Henke a. a. O. p. 192 f. Die Ausführungen von Roßhirt a. a. O. p. 397—402. erledigen sich durch das oben §. 90. Bemerkte.]

876) Daß auch durch die Anstellung bürgerlicher Klagen ⊕ auf Schadensersatz oder Privatstrafe ⊕ die Verjährung unterbrochen werde, läßt sich aus keinem nur einigermaßen genügenden Grunde behaupten. Vgl. Leyser, med. ad Pand. DXV. 8. ⊕A. M. ist freilich Vollgraff verm. Abh. Bd. II. S. 213.⊕

877) Daß es unstatthaft ist, dem Angeschuldigten darüber den Eid zuzuschieben, ergiebt sich aus den allgemeinen für die Beweisführung im peinlichen Verfahren geltenden Grundsätzen.

878) L. 29. §. 7. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5. „Quinquennium autem .... accipiendum est .... ad eum diem, quo quis postulatus postulatave

Die Schritte des Anklägers, wodurch dieser seine Anklage vorbereitet, indem er die Spuren des Verbrechens und des Thäters verfolgt, können aber natürlich dem Laufe der Verjährung kein Hinderniß in den Weg legen.

Macht man von diesen Grundsätzen eine Anwendung auf das Untersuchungsverfahren, wo der Untersuchungsrichter dasjenige zu thun hat, was bei dem Anklageverfahren Sache des Anklägers ist, so folgt, daß die Verjährungsfrist unmöglich unterbrochen werden kann, wenn der Richter bloß im Allgemeinen die Spuren des Verbrechens verfolgt*), ohne seine Untersuchung gegen eine bestimmte Person zu richten. Ja, selbst wenn der Untersuchungsrichter gegen eine bestimmte Person Verdacht geschöpft, diesen aber noch nicht so weit begründet hat, daß er sie schon als Ziel der Untersuchung (als Inquisiten) zu bezeichnen wagt, wenn er also vorläufig den Verdächtigen bloß abhört, um von ihm Auskunft über das Verbrechen zu erhalten, so kann man immer noch nicht behaupten, daß dieses den Lauf der Verjährung unterbreche. Eben so wenig kann eine gegen den Mitschuldigen angefangene Untersuchung die Verjährung hemmen. Die bestimmte Bezeichnung des Verdächtigen als Ziel der Untersuchung unterbricht aber allerdings die Verjährung; sie mag nun durch bloße Vorladung zur Ver-

---

est, et non ad eum diem, quo iudicium de adulteriis exercetur.“ Was ist aber hier postulare? Ich nehme an, daß man darunter die vor dem peinlichen Gerichte abgegebene Anmeldung der Anklage (vgl. l. 1. §. 2. D. de postul. 3. 1.), also was sonst das nomen deferre ist (vgl. l. 3. pr. D. de accus. 48. 2.), zu verstehen habe. [S. Geib a. a. O. p. 267 f. 546.] Dabei wird freilich vorausgesetzt, daß die Anklage ordnungsmäßig erfolgt ist, so daß sie angenommen werden konnte; namentlich also muß sie bei dem zuständigen Richter angebracht worden sein, wie man auch aus l. 7. C. ne de statu def. 7. 21. schließen kann. Ist eine ordnungswidrige Anklage dennoch in die gerichtlichen Anklageregister eingetragen worden, so erfolgt die Löschung, sobald die Ordnungswidrigkeit bemerkt wird (vgl. l. 3. §. 1. D. de accus. 48. 2.). Die Anmeldung mußte nach Vorschrift des Römischen Rechts zugleich die Zeit des Verbrechens bezeichnen (vgl. l. 3. pr. cit.); wenn also sich's fand, daß zur Zeit der Anmeldung die Verjährungsfrist abgelaufen war, so wurde die Eintragung der Anklage abgeschlagen, oder die Löschung verfügt, wenn irrthümlicherweise die Eintragung erfolgt war. Daß auf die Mittheilung der Anklage an den Beschuldigten etwas ankommen könne, wie Viele (z. B. Engau v. d. Verj. in peinl. Fällen §. 95.) behaupten, scheint mit diesen Grundsätzen nicht vereinbar zu sein.

*) So Gründler a. a. O. Jahrg. 1841. p. 519—528.

antwortung, oder durch Verhaftnahme, oder endlich durch Verfolgung mittelst Steckbriefs sich ausgesprochen haben [879]). Da übrigens bei dem peinlichen Verfahren nicht von dem besonderen Rechte eines einzelnen Gerichts, sondern von einem Rechte des Staats die Rede ist, so darf man mit gutem Grunde behaupten, daß die Verjährung, so lange die Untersuchung dauert, auch gegen ein anderes Gericht, welches die Fortsetzung der Untersuchung übernimmt, nicht eingeführt werden kann (vgl. Leyser, med. ad Pand. DXV. 6. 7.). Der Satz, daß ein durchaus ungültiges Verfahren keine Unterbrechung bewirken könne, bleibt deshalb nichts destoweniger bei Kraft.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, wie lange die Unterbrechung ihre Wirksamkeit zu äußern vermag; ob etwa die Verjährung nur für die Zeit der dauernden Untersuchung aufgehalten wird, dann aber ihren Gang fortnimmt, als ob nie eine Unterbrechung Statt gefunden hätte, oder ob die Unterbrechung für immer und ohne die Möglichkeit eines Wiederanfangs eintritt; oder endlich, ob die Unterbrechung in der Art Statt findet, daß die Verjährung wieder von neuem anfangen kann *). Das letzte möchte am natürlichsten scheinen, weil bei der Verjährung vermögensrechtlicher Ansprüche dasselbe eintritt. Allein man darf nicht übersehen, daß dieses genau genommen nicht der Fall ist; denn wenn die dreißigjährige Ver-

---

879) Ich habe bei dieser Untersuchung die bekanntlich etwas unbestimmten Ausdrücke General- und Special-Inquisition vermieden, und mich geradezu an die Sache gehalten. Daß ich denjenigen nicht beitreten kann, welche zur Unterbrechung der Verjährung eine förmliche sogenannte Specialinquisition verlangen, wird einem Jeden bald einleuchten; in einem andern Sinne mag aber allerdings die Eröffnung einer Special-Inquisition als nothwendig gefodert werden. Sehr Viele behaupten, die Verjährung werde unterbrochen, wenn der Untersuchungsrichter irgend einen Schritt thut, der die Absicht hat, das begangene Verbrechen zu untersuchen und zu bestrafen (z. B. Leyser, med. ad Pand. DXV. 6. Vollgraff a. a. O. Nro. 6. S. 199—243.). Aber die entgegengesetzte Meinung hat nicht weniger Vertheidiger. Einer der neuesten (v. Wening-Ingenheim, n. Arch. d. Crim.-R. Bd. 6. S. 228 fgg.) hat jedoch hauptsächlich nur das neue Baierische Strafgesetzbuch im Auge gehabt. [s. auch Zachariä a. a. O. p. 201—204.] — Daß die Verjährung unterbrochen wird, ohne Rücksicht, ob die Ladung dem Angeschuldigten bekannt geworden, kann nach den Grundsätzen, welche in der vorigen Anm. in Beziehung auf das Anklageverfahren aufgestellt worden sind, keinen Zweifel leiden.

*) Dafür wieder Gründler a. a. O. Jahrg. 1841. p. 529 ff.

jährung unterbrochen wird, so ist diese dadurch für immer ausgeschlossen, und die Verjährung kann fernerhin nur innerhalb vierzig Jahren bewirkt werden (vgl. Th. 1. §. 125.). Wollte man nun aber behaupten, daß auf eine ähnliche Weise auch in peinlichen Fällen die von neuem laufende Verjährung verlängert werden müsse, so würde es zweifelhaft sein, ob diese Verlängerung im arithmetischen Verhältnisse Statt finden müsse (d. h. um zehn Jahre, also $20 + 10$), oder ob das geometrische Verhältniß vorzuziehen sei (was eine Verlängerung um ein Drittheil zur Folge haben würde, also $20 + {}^{20}/_{3} = 20 + 6^{2}/_{3}$). Die Ausschließung der Verjährung für immer und ohne Möglichkeit eines Wiederanfangs scheint dem vorauszusetzenden Zwecke der Verjährung ganz entgegen zu sein; denn wenn man annehmen darf, daß peinliche Untersuchungen nach allzu langer Zeit theils unersprießlich sind, theils sogar der Unschuld Gefahr drohen, so ist es klar, daß diese Nachtheile auch eintreten, wenn bereits einmal eine Untersuchung angefangen war, aber wieder abgebrochen worden ist. So wird man am Ende zu der Ansicht hingeführt, daß die Unterbrechung der Verjährung, welche in Folge einer Untersuchung Statt findet, nur so lange dauert, als die Untersuchung im Gange ist, bei abgebrochener Untersuchung aber als nicht geschehen betrachtet werden muß. Dieses hat nichts unnatürliches; denn bei der dreißigjährigen Verjährung gegen vermögensrechtliche Ansprüche hatte lange Zeit (von Valentinian III. bis auf Justinian) ganz dasselbe gegolten (vgl. Th. 1. §. 125.). Ueberdieß hat diese Ansicht den Buchstaben des Rechts für sich; denn wir wissen nichts weiter, als daß die Verjährung in peinlichen Fällen von der Zeit des begangenen Verbrechens zu laufen anfängt; daß sie auch von der Zeit der abgebrochenen Untersuchung ihren Anfang nehmen könne, ist nirgends gesagt. Ganz entscheidend aber ist die l. 31. D. ad leg. Iul. de adult. 48. 5. Dort heißt es

„Quinquennium non utile, sed continuo numerandum est. Quid ergo fiet, si prior mulier rea facta sit, et ideo adulter eodem tempore reus fieri non potuit, et diu tracta lite quinquennium transierit? Quid si is, qui intra quinquennium quem postulaverat, non peregerit? aut praevaricatus est, et alius eundem repetere velit et quinquennium transactum sit? Ae-

quum est, computationi quinquennii eximi id tempus, quod per postulationem praecedentem consumtum sit."

Hier ist nämlich deutlich genug zu sehen, daß die frühere, liegen gebliebene Anklage den Fortgang der Verjährung keinesweges hindert; ja, daß streng genommen nicht einmal für die Dauer des früheren Anklageverfahrens die Verjährung unterbrochen wird, weil dieses der Natur einer ununterbrochen fortlaufenden Zeitrechnung entgegen ist. Nur aus besonderen Gründen wird es gerechtfertigt, daß gegen den spätern Ankläger die Zeit, in welcher er durch den ihm zuvorgekommenen Ankläger abgehalten war, seine Anklage zu verfolgen, nicht in Anrechnung gebracht werde; die Worte „aequum est" geben dieß hinreichend zu erkennen [880]). Daß die Gründe nicht auf das Untersuchungsverfahren passen, ist klar; denn, wenn schon einmal eine Untersuchung Statt gefunden hat, die aber bloß zu einer Lossprechung von der Instanz geführt hatte, und nun, bei erneuertem Verdachte, die Untersuchung wieder aufgenommen werden soll, wie könnte man hier sagen, daß die frühere Untersuchung habe abgewartet werden müssen, ehe die neue Untersuchung anfangen konnte? Es läßt sich also durch diese Stelle keinesweges rechtfertigen, wenn Einige haben behaupten wollen, daß die Verjährung in Folge einer eingetretenen Untersuchung zwar nur für die Dauer derselben unterbrochen werde, daß aber wenigstens die Zeit der Untersuchung niemals in die Verjährungszeit eingerechnet werden könne. Es zeigen sich jedoch neue Schwierigkeiten, wenn man bestimmen soll, wie lange eine Untersuchung als fortdauernd gelten könne. Annehmen zu wollen, daß die Untersuchung aufhöre, sobald keine Thätigkeit des Gerichts weiter zu bemerken ist, muß ganz un-

---

880) [S. auch Zachariä a. a. O. p. 204—207. vgl. indessen wegen L. 31. D. cit. noch v. Savigny Syst. §. 190. Not. u.] Ein ähnlicher Fall, wo aus besonderen Gründen die Verjährung während der Dauer eines eingeleiteten Verfahrens gehemmt ist, findet sich in der l. 4. pr. D. eod. Dort heißt es „Si maritus praevenerit, accusareque instituerit, tempora non cedunt patri, quo accusationem instituere non potest; sic tamen, ut, quoad unus occupet, utrique tempora cedant; ubi vero maritus occupavit, residua tempora ei, qui occupare non potest, non cedant. Quod et in eo dici potest, qui ab adultero vel adultera coepit; nam adversus eum, adversus quem non coepit, desinunt ei tempora cedere."

statthaft erscheinen, sobald man von der Ansicht ausgeht, daß mit dem Aufhören der Untersuchung die Verjährung gar nicht für unterbrochen geachtet wird; sonst würde der Angeschuldigte, der über die Verjährungszeit hinaus in Untersuchung bleibt, durch eine augenblickliche Unthätigkeit des Gerichts sogleich den Schutz der Verjährung für sich gewinnen. Es ist aber auch die Behauptung, daß die Wirkung, welche durch den Anfang einer Untersuchung in Beziehung auf Verjährung herbeigeführt wird, durch die bloße Unthätigkeit des Richters beseitigt werde, mit nichts zu erweisen. Halten wir uns also in Ermangelung besonderer rechtlichen Bestimmungen lieber an den allgemeinen Grundsatz, daß zur Aufhebung einer rechtlichen Wirkung in der Regel ein in contrarium actum erfodert werde (l. 153. D. de R. I. 50. 17.). Wenn daher die Unterbrechung durch Eröffnung einer Untersuchung bewirkt worden ist, so wird der Lauf der Verjährung nur durch ein eigentliches Schließen derselben wieder hergestellt werden. Ein solches liegt namentlich in der vorläufigen Lossprechung, der sogenannten absolutio ab instantia. Ist das richterliche Verfahren als nichtig wieder aufgehoben oder die Fortsetzung desselben verboten worden, so gilt natürlich das Nämliche. Dieses kann insbesondere eintreten, wenn ein unbefugter Richter sich mit der Untersuchung des Verbrechens befaßt hatte. Die Flucht des Angeschuldigten hebt die Wirkung der Unterbrechung nicht auf, und dieses um so weniger, da die Thätigkeit des Gerichts fortdauernd auf das Wiederhabhaftwerden des Entflohenen gerichtet bleibt, obgleich diese Thätigkeit bloß in einer fortdauernden Wachsamkeit bestehen wird, und nur gelegenheitlich sich in äußern Handlungen kundgeben kann. Eben so wenig kann aber nach meiner Ansicht das Liegenbleiben des gerichtlichen Verfahrens durch Schuld des Gerichts den Lauf der Verjährung wieder herstellen. Es ist die Sache des Angeschuldigten, durch die ihm zu Gebote stehenden Mittel den Gang des Verfahrens zu fördern, damit er es zu einer völligen Lossprechung bringe, oder wenigstens eine vorläufige Lossprechung erlange[881]).

881) Daß im Falle einer vorläufigen Lossprechung (absolutio ab instantia) die Verjährung fortläuft, als ob sie nicht unterbrochen gewesen wäre, behauptet auch Rave (de praescr. §. 162. Nro. 3.); dagegen ist er der Meinung, daß im Falle der Flucht zwar die frühere Verjährung nicht fortgesetzt werde, daß

§. 315.

Noch ist zum Schlusse die Frage zu beantworten, ob der peinliche Richter auf den Ablauf der Verjährung von Amts wegen Rücksicht nehmen müsse, also auch dann, wenn der Angeschuldigte sich nicht auf diese Rechtswohlthat beruft. Daß die bei den Verbrechen eintretende Verjährung von den Römischen Schriftstellern unsers Fachs eine praescriptio oder exceptio genannt wird, scheint allerdings darauf hinzuweisen, daß der Angeschuldigte sich zu seiner Vertheidigung auf die Verjährung berufen mußte. Auch ist dieses dem Geiste des Anklageverfahrens ganz angemessen. Der Richter steht hier zwischen dem Ankläger und dem Angeklagten in der Mitte; so wie er es dem Ankläger überläßt, die Beweise der Schuld zu sammeln, so überläßt er es dem Angeschuldigten und seinem Vertheidiger, für die Abwendung und Milderung der Strafe Sorge zu tragen. Wollte der Richter die Annahme der Anklage aus Rücksicht auf den eingetretenen Ablauf der Verjährungszeit verweigern, so würde dieses sogar für den Angeschuldigten verletzend sein, indem dieser vielleicht die Untersuchung wünscht, um seine Unschuld siegreich verfechten zu können. Anders gestaltet es sich im Untersuchungsverfahren. Indem der Richter eine Untersuchung von Amts wegen anfängt, muß er zuerst überlegen, ob sie zum Ziele führen werde. Wenn er nun bemerkt, daß die Verjährungszeit bereits abgelaufen ist, so darf er die Untersuchung gar nicht anfangen, damit er nicht bloßgestellt werde und sich dem Vorwurfe aussetze, unnütze Kosten verursacht zu haben, wenn der Angeschuldigte, wie zu vermuthen ist, die Rechtswohlthat der Verjährung für sich anruft. Man kann

---

aber eine neue gar wohl anfangen könne (ibid.) Dieselbe Ansicht findet sich bei Leyser (med. ad Pand. DXV. 6. 7.) und vielen Andern. Engau (Verj. in peinl. Fäll. §. 102.), Eichmann (nota i. ad Rave l. c.), Tittmann (Hdb. d. Strafrechtswiss. Th. 1. S. 104. Anmerk. x. d. 2. Ausg.) und noch Mehrere sind denn aber auch wieder dagegen. Da ich überhaupt ein Wiederanfangen der Verjährung nicht annehme, so muß ich schon deswegen mich gegen die Rave'sche Ansicht erklären. Daß in Folge des Liegenbleibens der peinlichen Untersuchung eine neue Verjährung (von der Zeit der letzten gerichtlichen Handlung an) ihren Anfang nehmen könne, behauptet unter andern Tittmann (a. a. O. S. 104.)

noch weiter gehen. Gesetzt, es ist die Untersuchung ohne Rücksicht auf die eingetretene Verjährung begonnen, und vielleicht sogar bis zum Schlusse fortgeführt worden, so wird der urtheilende Richter nicht umhin können, die Verjährung zu berücksichtigen. Denn da bei unserem Untersuchungsverfahren der Richter von Amts wegen verpflichtet ist, alles zu thun, was dazu dienen kann, die Schuld zu ermitteln, so muß er auch, um die dem Richter geziemende Unparteilichkeit zu behaupten, alle Umstände ins Auge fassen, welche zu Gunsten des Angeschuldigten gereichen können. Nur wenn dieser ausdrücklich auf diese Wohlthat Verzicht leistet, möchte der Richter die Verjährung mit Recht unberücksichtigt lassen können; denn man würde doch immer nicht sagen können, daß man einen Unschuldigen strafe, weil die Verjährung, wie schon bemerkt worden ist, nicht die Schuld aufheben, sondern nur das gerichtliche Verfahren hindern kann. Doch ist selbst dieser Satz nicht unbestritten (vgl. Rave, de praescr. §. 162. a. E. [Zachariä a. a. O. p. 211. Henke a. a. O. p. 204. 205.]).

Quellen-Register*)

zum ersten und zweiten Bande.

I. Vorjustinianische Rechtsquellen.

*) Es sind hier nur diejenigen Stellen verzeichnet, zu deren Erklärung oder Kritik etwas beigetragen ist.

II. Justinianische Compilation.

A. Institutionen.

B. Digesten.

C. Codex.

IV. Byzantinische Rechtsquellen.

V. Corpus iuris canonici.

VI. Lombardisches Lehnrecht.

VII. Einheimische Rechtsquellen.

Nachträge und Verbesserungen

zum zweiten Bande.

S. 30. Note **) füge hinzu: wozu neuerdings noch gekommen ist Bähr Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Cassel, 1855. Anhang. Die exceptio non numeratae pecuniae. p. 291—366. Ders. in Gerber's u. Ihering's Jahrb. Bd. 2. Jena 1858. p. 333—349. Schlesinger. Zur Lehre von den Formalcontracten und der q. n. n. p. Leipz. 1858. Abh. II. p. 179 ff.

S. 31. Note 547. a. E. füge hinzu: Bähr a. a. O. p. 312 ff. meint von L. 1. cit. „Vielleicht war eine irrige Ansicht des Bittstellers selbst zu berichtigen, welcher von der Unterstellung ausgieng, es sei die einjährige Dauer der Exception rescribirt worden", weil „es dem langsamen aber stetigen Vorschreiten des römischen Rechts völlig zuwider laufen würde, wenn ein Rechtsinstitut erst auf ein Jahr beschränkt, dann auf fünf Jahre ausgedehnt, dann wieder auf zwei Jahre herabgesetzt wäre." Allein man denke an die Verjährung der den Kirchen zustehenden Klagen, der actio doli u. A. Und was berechtigt uns überhaupt zu einer so wunderlichen Annahme, wie sie Bähr zur Erklärung der Constitution herbeizieht? Da ist es doch wohl natürlicher bei der bisherigen Interpretation stehen zu bleiben. S. auch Schlesinger a. a. O. p. 235. Ein Schwanken über die Verjährungszeit der exceptio mag anfänglich stattgefunden haben. Daß man aber dem Ausdruck „multum temporis" in L. 8 C. de n. n. p. IV. 30 in Verbindung mit L. 1. §. 13 D. de separat. 42. 6. kein allzugroßes Gewicht hinsichtlich der Dauer jener Frist beilegen dürfe, wird sich aus Anm. 751[a]) zur Genüge ergeben.

S. 50. am Schluß des §. 163 fehlt das Zeichen ✠.

S. 90. Z. 24. v. u. lies: Note **) für: Note *).

S. 92. Z. 5. v. u. lies: 459 für: 559.

S. 167. Z. 5. v. u. lies: Note **) für: Note *).

S. 248. Z. 9. v. u. lies: seine für: seiner.

S. 269. Z. 1. v. u. lies: Note **) für: Note *).

S. 345. Z. 11. v. o. lies: nirgends für: nirgens.

Druck von C. W. Vollrath in Leipzig.

Heineccius (J. G.), elementa juris civilis secundum ordinem institutionum. Editio IIa, quam curavit Bienerus. 8 maj. 1 Thlr. 6 Ngr.

Höpfner (L.), Entwurf einer bürgerlichen Gerichtsordnung für Deutschland, nebst dazu gegebener Begründung. 2. Ausg. gr. 8. geh. 1 Thlr.

—— Rechtsfälle zum Gebrauche eines Civil-Process-Practicum. Semester 1—3 oder Fascikel 1—120. gr. 8. geh. 1 Thlr. 22½ Ngr.

Jakob (L. H. von), Grundsätze der National-Oekonomie oder Theorie des National-Reichthums. 3. Ausg. In 2 Abth. 8. 2 Thlr. 6 Ngr.

Kaim (Js.), das Kirchenpatronatrecht, nach seiner Entstehung, Entwickelung und heutigen Stellung im Staate, mit steter Rücksicht auf die ordentliche Collatur. Erster Theil: die Rechtsgeschichte. gr. 8. 1 Thlr. 22½ Ngr.

Kritz (P. L.), Sammlung von Rechtsfällen und Entscheidungen derselben. Mit wissenschaftlichen Excursen versehen. 1—5. Bd. gr. 8. 10 Thlr. 6 Ngr.

Languet (H.), Vindiciae contra tyrannos. Ueber die gesetzliche Macht des Fürsten über das Volk und des Volkes über den Fürsten. Nach der Ausgabe von 1580 bearb. von B. Treitschke. gr. 8. 1 Thlr.

Marezoll (Th.), das gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzgebungen. 3. Aufl. gr. 8. geh. 3 Thlr.

—— Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechts. 6. Aufl. gr. 8. geh. 2 Thlr. 15 Ngr.

Opitz (E.), die Gebühren und Sportuln der obern und untern geistlichen, weltlichen und Medicinalbehörden, der Sachwalter und Notare, cum annexis; nebst Darstellung der Grundsätze über das Liquidiren und die Kosten überhaupt zusammengestellt. Lex.-8. geh. 24 Ngr.

Osenbrüggen (E.), de jure belli et pacis Romanorum liber singularis. 8 maj. 15 Ngr.

Puchta (G. F.) Pandekten. Nach dem Tode des Verfassers besorgt von Rudorff. 8. Aufl. gr. 8. geh. 4 Thlr.

Die Reichsgesetze in Portemonnaie-Format.

I. Verfassung des deutschen Reichs. 2 Ngr.
II. Entwurf der Verfassung des deutschen Reichs nach der Uebereinkunft der Kronen Preußen, Sachsen und Hannover. 2 Ngr.
III. Allgemeine Wechselordnung für Deutschland. 2 Ngr.

Die Staatsaufsicht über Fremde (von St. Lewer). 8. 4½ Ngr.

Treitschke (G. C.), alphabetische Encyclopädie der Wechelrechte und Wechselgesetze. 2 Bände. gr. 8. 7 Thlr.

Unterholzner (K. A. D.), ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre, nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. 2. Auflage, bearbeitet von Th. Schirmer. 2 Bände. gr. 8. geh. 5 Thlr.

—— quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Herausgegeben von Ph. E. Huschke. 2 Bände. gr. 8. 7 Thlr. 21 Ngr.

Wendt (A.), Grundzüge der philosophischen Rechtslehre. Zum Gebrauche bei Vorlesungen. gr. 8. 1 Thlr.

Unterholzner, Karl August Dominik,

Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten

Bd.: 2

Leipzig 1858